

**EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN-LEY 1474 DE 2011 Y SU ALCANCE EN EL  
RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: CRÍTICAS Y COMENTARIOS**

**JULIO CESAR REYES LONDOÑO**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2016**

**EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN-LEY 1474 DE 2011 Y SU ALCANCE EN EL  
RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: CRÍTICAS Y COMENTARIOS**

**JULIO CESAR REYES LONDOÑO**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial  
para optar al título de Abogado**

**ASESOR: JUAN FELIPE RESTREPO CASTRO  
(Abogado especialista en Derecho Administrativo)**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2016**

Nota de Aceptación

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

Medellín, mayo de 2016

## CONTENIDO

	Pág.
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>JUSTIFICACIÓN</b>	<b>4</b>
<b>OBJETIVOS</b>	<b>5</b>
Objetivos generales	5
Objetivos específicos	6
<b>1. CAPITULO PRIMERO:</b>	
<b>Antecedentes y descripción general de la Ley 1474 de 2011</b>	<b>6</b>
1.1 Antecedentes Normativos en materia Anticorrupción que modificaron el Estatuto General de la Contratación pública – Ley 80 de 1993.	7
1.2 Trámite legislativo de la Ley 1474 de 2011 y sus aspectos relevantes en materia de contratación Estatal.	12
1.2.1 Exposición de motivos.	14
1.2.2 Debate senado.	16
1.2.3 Debate en cámara de Representantes.	19
1.2.4 Texto conciliado.	21
1.3 Descripción general de la Ley 1474 de 2011	24
1.3.1 Medidas administrativas para la lucha contra la corrupción.	25
1.3.2 Medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada.	27
1.3.3 Medidas disciplinarias para la lucha contra la corrupción	29
1.3.4 Regulación de lobby o cabildeo.	30
1.3.5 Organismos especiales para la lucha contra la corrupción.	30
1.3.6 Políticas institucionales y pedagógicas.	32
1.3.7 Disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública.	33
1.3.8 Medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción.	37
1.3.9 Oficinas de Representación y vigencia	39
<b>2. CAPITULO SEGUNDO:</b>	
<b>Modificaciones e instituciones introducidas por la Ley 1474 de 2011 en materia de contratación estatal</b>	<b>40</b>
2.1 Modificaciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.	41

2.1.1 Causal de inhabilidad para contratar para personas Naturales declaradas judicialmente responsables por la comisión de delitos contra la Administración Pública.	43
2.1.2 Causal de inhabilidad para las personas que hayan financiado campañas políticas.	46
2.1.3 Inhabilidad para los interventores que incumplan las obligaciones del contrato de interventoría.	48
2.1.4 Prohibición para celebrar contratos de interventoría.	50
2.1.5 Prohibición para que ex empleados públicos contraten con el Estado.	52
2.1.6 Prohibición para gestionar intereses privados por parte de los ex servidores públicos.	53
2.1.7 Inhabilidad por incumplimiento reiterado.	55
2.2 Reforma a las instituciones de Interventoría y supervisión.	57
2.2.1 Aspectos generales de la supervisión y la interventoría.	57
2.2.2 Responsabilidad Jurídica de los supervisores e interventores	62
2.2.2.1 Responsabilidad disciplinaria.	63
2.2.2.2 Responsabilidad fiscal.	64
2.2.2.3 Responsabilidad penal.	65
2.2.2.4 Responsabilidad civil.	65
2.2.2.5 Reflexiones finales.	67
2.3 Responsabilidad de los consultores y asesores externos.	67
2.4 Procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.	68
2.5 Reforma a la figura del Anticipo.	77
2.6 Procedimiento de mínima cuantía.	82
2.7 Contratos Interadministrativos.	89
2.8. Modificaciones a la fase de planeación del contrato estatal.	92
2.9 Régimen contractual de las Empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado.	96
2.10. Otros aspectos relevantes.	97
<b>3. CAPÍTULO TERCERO:</b>	
<b>Los principios de la Contratación Estatal como las medidas preexistentes a la expedición de la Ley 1474 de 2011 para propender por la moralidad y transparencia en la contratación Pública.</b>	<b>101</b>
3.1 Principio de Transparencia.	102

3.2 Principio de Economía.	105
3.3. Principio de Planeación.	106
3.4 Principio de Responsabilidad.	110
3.5 Principio de selección objetiva.	112
3.6. Principio de la ecuación económica y financiera del contrato.	113
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>115</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>120</b>

## INTRODUCCIÓN

Abordar temas sobre Contratación Estatal en nuestro país, resulta ser una labor dispendiosa, debido a la “descontrolada”<sup>1</sup> expedición normativa que regula la materia. Como consecuencia de ello, el operador jurídico de la contratación estatal, encuentra dificultades tanto prácticas como formales al momento de darle una correcta aplicación a las normas, pues se halla en la dificultad de determinar cuáles son las que se deben emplear al asunto contractual que tiene enfrente, lo cual lleva incluso a que omita la aplicación de disposiciones vigentes que debe tener en cuenta, como sería el caso, por ejemplo, de la norma que obliga a las entidades estatales a verificar el origen de los recursos de sus contratistas<sup>2</sup>. La gran cantidad de normas vigentes y el incesante reformismo en materia de contratación, es, por ende, uno de los factores que dan lugar a que se generen prácticas corruptas, ineficiente gestión de la administración pública y en general a la pérdida de recursos del patrimonio del Estado, y no constituyen una verdadera solución a estos problemas, pues generan en últimas, inseguridad jurídica.

En 1993, el Legislador dio cumplimiento al mandato constitucional consagrado en el artículo 150 de la carta política, de expedir un estatuto general de contratación de la administración pública (Ley 80 de 1993) que se caracterizó principalmente por ser una norma basada en principios y responsabilidades. Dicha norma fue objeto de crítica por un sector de la doctrina<sup>3</sup> pues se dijo que dejó un buen número de lagunas

---

<sup>1</sup> Según un estudio del profesor Iván Darío Gómez Lee, para el 2015 hay un absurdo de 172 leyes y decretos aplicables en la materia. Iván Darío Gómez Lee. *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Pág. 161-204 segunda edición. Legis, Bogotá. 2015.

En el mismo sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su más reciente informe, realiza recomendaciones en relación a la excesiva reglamentación de los procedimientos contractuales en Colombia. **OECD (2016)**, Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris.

<sup>2</sup> Obligación contenida en el Artículo 1 de la Ley 1121 de 2006.

<sup>3</sup> Como la crítica que realiza en su texto el profesor Gonzalo López Gaviria (2011). *Formulación de soluciones para mitigar los actos de corrupción en la contratación pública en Colombia*. ubicado en la red en la siguiente dirección: <http://www.lgpsas.co/soluciones.pdf>

De una forma moderada, el doctor Francisco Suarez Montaña (2008). *Consecuencias de la promulgación de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 066 de 2008 para la selección de ingenieros consultores*. Revista de Ingeniería, Universidad de los Andes. Bogotá.

normativas, especialmente, en lo relativo a procedimientos y trámites. Sin embargo, otro sector de la doctrina difiere de este pensamiento (del cual también difiero), en el sentido de que esta Ley *“trae una serie de principios, reglas de interpretación y remisión a otras normas jurídicas, que conforman toda una integración y plenitud normativa, que sirven para resolver cualquier situación o duda que pueda llegar a presentarse en alguna actuación contractual”*<sup>4</sup>. Por lo que se cuestiona la necesidad, utilidad y eficacia de las reformas que se le han realizado al Estatuto General de Contratación, que contrastan con el ideario de la constituyente de 1991, de expedir un Estatuto único de contratación pública<sup>5</sup>.

En este sentido, las normas que han reformado el Estatuto general de contratación han buscado principalmente; establecer herramientas efectivas contra la corrupción, búsqueda de transparencia en el proceso contractual, establecer mayores controles y responsabilidades, lograr mayor celeridad, eficiencia y eficacia, establecer regímenes excepcionales a entidades por la naturaleza de su actividad, reducir trámites, utilización de nuevas tecnologías y recursos electrónicos y facilitar la inversión. Estas reformas son la Ley 1150 de 2007, ley 1474 de 2011, Decretos – Ley 4170 de 2011 y 019 de 2012, que grosso modo constituyen (con la Ley 80) el conjunto de normas generales de carácter legal para aplicar en materia de contratación pública.<sup>6</sup>

La Ley 1474 de 2011 *“por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”* es la respuesta del Gobierno Nacional

---

<sup>4</sup>**Suarez Tamayo, David.** Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la contratación estatal en Colombia. Pág. 67

<sup>5</sup>Gómez Lee, Iván Darío (2012). *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Pág. XX. segunda edición. Legis, Bogotá.

<sup>6</sup> A esto hay que añadirle los numerosos decretos reglamentarios y demás normas aplicables en todo el ordenamiento en materia de contratación Estatal, como el plan nacional de desarrollo, Ley 1735 de 2015.



a los escándalos de corrupción que se han presentado en la última década<sup>7</sup> en el sector Público, principalmente en el ámbito de la contratación. Esta “nueva” reglamentación introduce reformas a sus instituciones que enriquecen aún más catálogo de normas a aplicar en este terreno, y que redundan, como lo dije anteriormente, en una ineficiente gestión contractual, debido a que como lo veremos en el desarrollo del presente escrito, algunas medidas introducidas en materia de contratación por el Estatuto Anticorrupción, no buscan en si combatir la corrupción, si no abordar aspectos puntuales que nada tienen que ver con ello<sup>8</sup>, o en otros casos sus objetivos no se cumplen. En razón de lo anterior, ha sido de nuestro interés<sup>9</sup> abordar los cambios introducidos por la Ley 1474 de 2011 en materia de contratación estatal, con el fin de exponerlos, analizarlos y eventualmente realizar una crítica a estas medidas.

Para el desarrollo de la presente investigación en primer lugar realizaré una breve reseña de algunos de los antecedentes normativos que, con el fin de combatir la corrupción en la contratación estatal, se han presentado en esta materia desde la expedición de la Ley 80 de 1993, para luego estudiar el trámite legislativo y realizar una exposición breve del Estatuto, con el objetivo de ubicar las normas relacionadas directamente con la contratación.

De ahí pasaré a la parte esencial de este trabajo, analizando las modificaciones e instituciones introducidas por la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), en materia de contratación estatal.

Por último, se abordarán los principios que rigen la contratación estatal como las medidas preexistentes para propender por la moralidad y transparencia en este

---

<sup>7</sup> A nuestro parecer la gota rebosó la copa fue el llamado carrusel de la contratación en Bogotá, donde recursos principalmente de los anticipos en los contratos de obra pública no se emplearon en lo que se debía y dejó como consecuencia obras inconclusas y por supuesto, desviación de los recursos.

<sup>8</sup> Como lo es el tema de la adición de contratos de interventoría y el procedimiento de contratación de mínima cuantía.

<sup>9</sup> Se hablará en plural, ya que el presente escrito, es también producto de la colaboración académica del asesor de monografía.

ámbito, ya que, a nuestro parecer, estos principios ampliaron el nivel de responsabilidad de los administradores públicos y demás intervinientes en la actividad contractual, lo que conlleva a reflexionar sobre la necesidad de las medidas tomadas en el Estatuto para combatir la corrupción en la contratación estatal, pues la debida aplicación de estos principios, son suficientes para que la gestión contractual se realicen de forma adecuada. Y ya para finalizar, se expondrán las conclusiones que se derivan de todo lo analizado.

Como quedó expuesto, esta investigación se propone abordar desde una perspectiva crítica las reformas introducidas por el Estatuto Anticorrupción, con el fin de cuestionarnos sobre la pertinencia y utilidad de las mismas, si tenemos en cuenta que existen Principios Constitucionales y legales aplicables a la contratación estatal y de unas instituciones en esa materia que, a nuestro modo de ver, garantizaban por sí, la moralidad, transparencia y responsabilidad en la materia, antes de la expedición del Estatuto Anticorrupción.

## **JUSTIFICACIÓN**

Con la sanción y entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 se introdujeron en materia de contratación estatal, cambios orientados a prevenir actos de corrupción en ese campo de la función administrativa, que a la fecha han sido poco estudiados no obstante, lo novedoso de algunos de ellos, como lo es el caso de la constitución de fiducias para el manejo de anticipos en los tipos de contratos señalados en la Ley, la ampliación del régimen de inhabilidades para contratar con el Estado, contenido en el capítulo I de la Ley, la extensión de la responsabilidad para contratistas, consultores, interventores y asesores, la responsabilidad de los servidores públicos que omitan tomar medidas de carácter sancionatorio contractual ante el conocimiento de hechos de corrupción, la distinción que hace la norma entre interventoría y supervisión del contrato, que no han sido lo suficientemente abordados por la doctrina no obstante e reforzamiento que acarreen en materia de responsabilidades para los partícipes de la gestión contractual.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que en nuestro sistema jurídico, con anterioridad, se han proferido normas con esa finalidad; un ejemplo cercano lo es la Ley 1150 de 2007, **cuya motivación principal, además de establecer medidas tendientes a lograr la eficacia en la contratación estatal, también lo fue y en forma medular, la de introducir instituciones tendientes a garantizar la transparencia en la contratación estatal**, de allí que se haya considerado que en esa última “gran reforma” a la contratación, fue más bien una reforma anticorrupción, y en ésta última de la Ley 1474 de 2011, donde en algunos casos, lo que se hizo por el legislador fue aprovechar la coyuntura para legislar sobre aspectos que, por haber sido omitidos en la Ley 1150 de 2007, generaron traumatismos prácticos para los operadores jurídicos en la materia, caso por ejemplo, de la introducción de la contratación de mínima cuantía, así como la posibilidad de adicionar los contratos de interventoría sin tener en cuenta la limitación que en esa materia trae el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Es por esto que se propone abordar la problemática desde una perspectiva analítica y crítica, sin dejar a un lado los aspectos teóricos que gobiernan la contratación Estatal, para fundamentar nuestros puntos de vista de una forma que permitan llegar a conclusiones bien argumentadas.

## **OBJETIVOS**

### **A. Objetivos generales**

El presente trabajo tiene como objetivo abordar las principales reformas que, en materia de contratación estatal, introdujo la Ley 1474 de 2011, a propósito de la legislación vigente en la materia; de allí se desprende la pregunta principal a desarrollar en este proyecto; ¿Cuáles son los cambios en el Régimen de Contratación Estatal a partir de la expedición de la Ley 1474 de 2011?

En esa medida se hará un breve repaso por las instituciones vigentes en materia de contratación estatal, relacionadas con los cambios introducidos por la ley a que se ha venido haciendo referencia, especial alusión a los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal, y de allí pasar al estudio de las reformas que han sido mencionadas.

### **B. Objetivos específicos**

- Exposición de los antecedentes de esa ley en el tema específico de la contratación estatal.
- Descripción general de la Ley 1474 de 2011 (con el único propósito de ubicar en él los temas relacionados con la contratación estatal)
- Analizar Los Cambios que se introdujeron por Parte del Estatuto en materia de Contratación Estatal.
- Abordar los principios de la Contratación Estatal como las medidas existentes con anterioridad para propender por la moralidad y transparencia en la contratación estatal.

## **1. CAPITULO PRIMERO**

### **Antecedentes y descripción general de la Ley 1474 de 2011**

En este capítulo se pretende exponer en primer lugar, los antecedentes normativos que se consideran más cercanos en materia anticorrupción en la contratación estatal desde la Expedición de la Ley 80 de 1993. En segundo lugar, se realizará un análisis del trámite legislativo que dio lugar a la expedición de la Ley 1474 de 2011, con el objetivo de entender que se pretendió o cuales fueron los motivos de las Reformas introducidas por el Estatuto anticorrupción en materia de Contratación, y por último se desarrollará una descripción general de la Ley 1474 de 2011, con la

finalidad de ubicar las normas relacionadas directamente con la contratación Estatal.

Se advierte que esta exposición no pretende analizar a plenitud las normas que abordaremos, el propósito principal es entender los objetivos del legislador cuando reforma el estatuto de contratación estatal y que tienen por objeto contrarrestar los efectos de la corrupción Administrativa.

### **1.1 Antecedentes Normativos en materia Anticorrupción que modificaron el Estatuto General de la Contratación pública – Ley 80 de 1993.**

**La Ley 190 de 1995** *“por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”*, fue llamada el Estatuto Anticorrupción al momento de su expedición, sin embargo, en materia de Contratación Estatal son pocas las medidas que se toman.

Esta norma se compuso de 85 artículos<sup>10</sup> divididos en 9 capítulos, de los cuales, en materia de contratación Estatal, se destaca como primera medida la regulación que se hace sobre la vinculación de los servidores públicos a la administración pública y a los contratistas por prestación de servicios, donde en principio se les establecen los mismos requisitos para acceder a la administración.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Varios declarados inexequibles o derogados por normas posteriores.

<sup>11</sup> **Ley 190 de 1995. Artículo 1.** Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que en ella se solicita:

1. Su formación académica, indicando los años de estudio cursados en los distintos niveles de educación y los títulos y certificados obtenidos.
2. Su experiencia laboral, relacionando todos y cada uno de los empleos o cargos desempeñados, tanto en el sector público como en el privado, así como la dirección, el número del teléfono o el apartado postal en los que sea posible verificar la información.
3. Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración.

Otra medida significativa en temas de contratación es la creación del Diario único de Contratación Pública, a cargo de la Imprenta Nacional, el cual tendría como principal objetivo la publicación de información de los contratos de las entidades públicas a nivel nacional. Sin embargo, esta norma fue derogada por el artículo 223 del Decreto - Ley 019 de 2012, en el cual se suprimió el Diario Único de Contratación Quedando el SECOP como el medio oficial de publicidad de la actividad contractual de la administración pública.

Como dije anteriormente, la norma no se enfocó en combatir la corrupción en el ámbito de la contratación Estatal, no obstante, introdujo medidas institucionales y procedimentales para propender al ejercicio transparente de la función pública, fortalecer el ejercicio de los entes de control, darle aplicación a los principios de eficiencia y economía a los tramites ante la administración, y castigar penal, fiscal y disciplinariamente a los servidores públicos que sus conductas así lo ameriten.

**El decreto 2170 de 2002** *“Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”* fue una norma que, aunque no obedeció a una política anticorrupción como tal, introdujo algunas disposiciones de esta índole, para evitar prácticas en detrimento del patrimonio del Estado.

Como aspectos relevantes de este Decreto se destaca la reglamentación que se hizo sobre la publicación en la página web de la respectiva entidad, de los proyectos de pliegos de condiciones y términos de referencia de los procesos de selección de contratistas por ellas adelantados, la adjudicación del contrato en audiencia pública, el establecimiento de criterios de escogencia con para desarrollar el principio de

---

4. En caso de personas jurídicas, el correspondiente certificado que acredite la representación legal, y

5. Numeral INEXEQUIBLE

PARÁGRAFO. Quien fuere nombrado para ocupar un cargo o empleo público o celebre un contrato de prestación de servicios con la administración deberá, al momento de su posesión o de la firma del contrato, presentar certificado sobre antecedentes expedido por la Procuraduría General de la Nación y el certificado sobre antecedentes penales expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Sólo podrán considerarse como antecedentes las providencias ejecutoriadas emanadas de autoridad competente.

selección objetiva, introduciendo un sistema de conformación dinámica de la oferta; dispuso, en su artículo 7, que los anticipos debían ser manejados en cuentas conjuntas, a nombre de la entidad y el contratista y en general se tomaron medidas para propender por la transparencia en la actividad contractual.

Por otro lado, se reglamentó la participación ciudadana en la contratación estatal, se establecieron criterios de selección objetiva en la contratación directa y se implementaron medidas para la contratación por medios electrónicos.

Cabe destacar que esta norma fue demandada casi en su totalidad por medio de la acción de nulidad impuesta por varios actores y que en general argumentaban que el ejecutivo había excedido el ejercicio de su potestad reglamentaria por medio de este Decreto, al establecer reglas que desbordaban los lineamientos de la ley 80 de 1993 y la Constitución Política.<sup>12</sup>

**La ley 970 de 2005<sup>13</sup>** *“por la cual se aprueba la convención de las naciones unidas contra la corrupción”* celebrada por su asamblea general el 31 de octubre de 2003

---

<sup>12</sup> Frente a la potestad Reglamentaria en la contratación estatal el consejo de Estado sostiene:

“En suma de acuerdo con la jurisprudencia, la Ley 80 de 1993 contiene los principios y reglas esenciales para la contratación pública, establece los parámetros generales para acometer esta actividad por parte de las entidades públicas y consagra los mecanismos de selección que les permiten la escogencia del mejor ofrecimiento para el cumplimiento de los fines que con ella se persiguen en procura de la obtención del bienestar general, cuya observancia resulta obligatoria para el adecuado funcionamiento del Estado en esta materia, pero no agota el tema de la contratación celebrada por las entidades del Estado, ni su vigencia impide el señalamiento, en otras leyes, de asuntos referentes a los contratos celebrados por los entes públicos, o la existencia de reglamentaciones relacionadas con la actividad contractual, siempre que éstos respeten y desarrollen esas normas y principios contenidos en dicho Estatuto General de la Contratación Pública, las otras leyes y, obviamente, la Constitución Política.” **Consejo de Estado (2007). expediente 24.715.** Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>13</sup> (...) “En la actualidad el Estado colombiano se encuentra vinculado por al menos tres instrumentos de derecho internacional de lucha contra la corrupción. En efecto, los siguientes tratados se encuentran vigentes a nivel internacional, fueron aprobados por el Congreso de la República mediante ley y declarados exequibles por la Corte Constitucional al surtir la respectiva revisión, por lo cual hacen parte del ordenamiento jurídico interno: (i) Ley 412 de 1997, “por la cual se aprueba la ‘Convención Interamericana contra la Corrupción’, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis”. Dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C – 397 de 1998. (...), (ii) Ley 970 de 2005, “por medio de la cual se aprueba la ‘Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción’, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas” (...) Ejemplo concreto de la correspondencia entre los instrumentos previstos en el derecho interno y la Convención de la ONU, lo constituye el artículo 34 de esta última: “Artículo 34. Consecuencias de los actos de corrupción. Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena

en Nueva York, es la norma que ratifica la adhesión de Colombia a esta herramienta de carácter internacional de lucha contra la corrupción.

Los objetivos de esta convención son: a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.<sup>14</sup>

Con la ley 1474 de 2011, el Estado colombiano debió cumplir con las obligaciones adquiridas internacionalmente, más adelante veremos que a pesar de que se tomaron una gran cantidad de medidas de carácter preventivo y sancionatorio, en realidad estas obedecen a circunstancias específicas, que pretenden eliminar o prevenir practicas concretas, y por lo tanto no obedece a un bloque normativo de carácter general que abarque en gran medida toda la compleja problemática que rodea la corrupción en el sector público. Lo que llevará a concluir que el Estatuto a pesar de ser ciertamente extenso, no abarca todos los lineamientos de la convención en mención.

Por último, la **Ley 1150 de 2007** *“por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”*, constituye la primera gran reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), y aunque no obedece a una política concreta anticorrupción, si se evidencia desde el enunciado mismo de su objeto, que la intención de la misma fue la de introducir medidas de esta connotación para contrarrestar prácticas

---

fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción.” (...) **Consejo de Estado (2015)**. expediente 2260. Sala de consulta y servicio civil. Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas.

<sup>14</sup> **Artículo 1.** Convención de las Naciones Unidas Contra la corrupción.



corruptas.<sup>15</sup> Lo hasta aquí visto, da pie para afirmar, a nuestro modo de ver, que los reformas al régimen de contratación estatal, en gran medida lo que son es, realmente, estatutos anticorrupción, dado que en ellos se enfatiza y se resalta que

---

<sup>15</sup> La principal novedad de esta norma se encuentra en lo que respecta a las modalidades de selección del contratista, donde la licitación pública sigue siendo la regla general, sin embargo, se instituyen otras modalidades excepcionales como lo son la selección abreviada (Compras por catálogo, subasta inversa, acuerdos marcos de precios y bolsa de productos), concurso de méritos y contratación por mínima cuantía. Se toman estas medidas para concordar las modalidades de selección con los principios de eficiencia y economía.

Se evidencian otras novedades como:

- La creación del Sistema de Electrónico de contratación pública SECOP, que principalmente permite a las entidades estatales que tengan la obligación, publicar todos los actos que se deriven de la actividad precontractual contractual y pos contractual, que en definitiva desarrollan el principio de publicidad. Además, por este medio de podrán llevar a cabo procesos de contratación electrónica y demás funciones que dispone el artículo 3 de la norma en mención.
- Se emplean nuevas reglas para la distribución de riesgos en la contratación pública.
- Se busca ampliar el régimen de garantías.
- Se establecen reglas para la publicación de pliegos, proyecto de pliegos y Estudios previos.
- Se reformulan criterios de escogencia y verificación para salvaguardar el principio de selección objetiva.
- Se establecen nuevas competencias a las Cámaras de Comercio, respecto al Registro Único de Proponentes RUP.
- Las certificaciones de calidad no serán tenidas en cuenta dentro del proceso de selección como factor habilitante ni como factor de escogencia.
- Se establecen igualdad de condiciones para las cooperativas, asociaciones entre entes solidarios y entidades territoriales y los particulares, ya que estos tendrán que contratar por medio del Estatuto General de Contratación.
- La adjudicación como regla general se deberá realizar en audiencia pública.
- Se establecen reglas para la liquidación de los contratos.
- Se fomenta la contratación de mano de obra local y las pequeñas y medianas empresas (MIPYMES).
- Las entidades con régimen excepcional o especial deberán de igual manera responder a los principios de la función administrativa y fiscal, como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.
- Las Empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta y sus filiales contratarán por medio de la Ley 80 de 1993 como regla general, pero si lo hace estando en competencia o en mercados regulados, su régimen será privado.
- Las entidades financieras de carácter estatal quedan excluidas de contratar por medio del Estatuto de contratación pública. También las del sector defensa y demás que describe la norma, salvo lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007.
- Se reformula el régimen de multas.
- Se establecen inhabilidades por la comisión de delitos de concusión, cohecho, peculado, prevaricato y soborno trasnacional.
- Se instituyen nuevas reglas para el derecho de turno.
- La contratación con organismos internacionales.
- El ordenador del gasto no se exonera de controlar y vigilar en caso de delegación y desconcentración de sus actividades.
- Las Corporaciones Autónomas Regionales tendrán como régimen de contratación la Ley 80 de 1993.
- Se establecen reglas a las prórrogas de concesiones de obras públicas.

su finalidad esencial, es la de introducir medidas tendientes a propender la transparencia en la contratación estatal.

Como quedó dicho, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, el legislador pretendió fortalecer la aplicación de los principios de transparencia y eficiencia, el primero, en el sentido de incentivar el control social al imponer la carga de hacer públicas las actuaciones contractuales de las Entidades públicas y evitar el direccionamiento de contratos con la debida implementación del principio de planeación, y el segundo (principio de eficiencia) se traduce en: *“la adquisición de bienes y servicios de calidad; o la construcción de infraestructura pública, a un menor costo estimulando la libertad de concurrencia con la presentación de ofertas del total o mayor número de oferentes idóneos y en el tiempo estrictamente indispensable o en el menor posible.”*<sup>16</sup>

## **1.2 Trámite legislativo de la Ley 1474 de 2011 y sus aspectos relevantes en materia de contratación Estatal.**

Por iniciativa del Gobierno Nacional, el 7 de septiembre de 2010, fue radicado en el Congreso de la Republica el proyecto de Ley *“por el cual se dictan normas*

---

<sup>16</sup> **Matallana Camacho, Ernesto (2013).** *manual de Contratación de la Administración pública, Reforma de la ley 80 de 1993.* Universidad Externado de Colombia. pág. 46

Lo anterior también se sustenta en la exposición de motivos del proyecto de Ley que dio trámite a la reforma en mención:

(...) “A criterio del Gobierno Nacional, sólo si el proceso contractual es más eficiente, podrá el mismo ser más transparente. En ese sentido, será la agilidad y simplicidad de los procesos, la mejor garantía de la probidad en el manejo de los recursos públicos involucrados. No creemos en consecuencia en la premisa propia de regulaciones anacrónicas, en el sentido de que la proliferación de trámites sea la forma de evitar prácticas corruptas. Por el contrario, la mayor agilidad y eficiencia no sólo reducirá los costos de transacción que encarecen la contratación pública, sino que además tendrá como fruto la eliminación de espacios que puedan ser utilizados desde la venalidad para usufructuar indebidamente el patrimonio de los colombianos.” (...) Proyecto de ley número 20 de 2005 Senado, 57 de 2006 Cámara. Acumulados 13/2005, 19/2005, 32/2005, 83/2005. “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.”

Sin embargo, a modo de inferencia se puede concluir que, a pesar de los esfuerzos legislativos para combatir las prácticas corruptas en la contratación estatal, estos se han considerado insuficientes, pues posterior a la normatividad mencionada se expide otra reforma significativa al Estatuto General de Contratación, la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción.

*orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.*

Este proyecto de ley fue radicado en la Secretaria del Senado de la Republica, bajo el número 142 de 2010, para ser remitido a la comisión primera constitucional y ser publicado en la gaceta del congreso<sup>17</sup>. El proyecto fue sujeto a dos debates en el Senado, como lo estipula la Ley, Para esto el presidente de la comisión debió designar ponentes que se encargaran de darle trámite y presentar las ponencias pertinentes para cada debate<sup>18</sup>, el proyecto fue aprobado en los dos debates, sin embargo se presentaron cambios en su articulado que dejó como resultado un texto preliminar<sup>19</sup>, el cual fue remitido a la Comisión primera de la Cámara de Representantes para ser sujeto a otros dos debates, donde se le asignó el número 174 de 2010.

En la Cámara de Representantes, se realizó el mismo trámite en donde como resultado del tercer y cuarto debate, se aprobó otro texto preliminar<sup>20</sup>. En esta etapa del proceso también se produjeron cambios al texto original.

Como se puede observar el trámite legislativo consta de 4 debates (dos en el Senado y otros dos en Cámara), de los cuales resultaron dos textos que tuvieron que ser conciliados por una comisión accidental designada por los presidentes del Senado y Cámara, para así tener un texto definitivo, el cual pasó a sanción del Presidente de la República. Es entonces de esta forma que el proyecto de ley surgió a la vida jurídica como la Ley 1474 de 2011.

Para el análisis del proceso legislativo se propone en primer lugar, indagar en la exposición de motivos del proyecto de ley 142 de 2010 S y 174 de 2010 C cuáles fueron las razones que se dieron en el momento para dentro del texto del mismo,

---

<sup>17</sup> **Gaceta 607 de 2010.** Congreso de la Republica.

<sup>18</sup> **Senadores:** Juan Manuel Corzo, Jesús Ignacio García, Javier Cáceres, Hemel Hurtado, Luis Carlos Avellaneda y Jorge Eduardo Londoño.

<sup>19</sup> **Gaceta 1117 de 2010.** Congreso de la Republica.

<sup>20</sup> **Gaceta 128 de 2011.** Congreso de la Republica.

introducir medidas para evitar actos de corrupción en la contratación estatal, para luego pasar a estudiar las modificaciones realizadas por cada Cámara (en lo que atañe a temas relevantes en contratación) en sus textos preliminares para así lograr entender en que se fundamentó el Congreso para la aprobación del texto definitivo de esta norma.

### **1.2.1 Exposición de motivos**

El proyecto de ley 142 de 2010 nació como iniciativa del Gobierno Nacional, por medio del Ministerio de Justicia encabezado por el doctor German Vargas Lleras y en colaboración con la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República, la academia, la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la corrupción<sup>21</sup>. “El proyecto se fundamentó en establecer una política eficaz en contra de la corrupción en sectores específicos, para lo cual consideró necesario, ajustar el sistema jurídico a las necesidades actuales, pues se manifestó que, pese a los esfuerzos pasados, es ineludible una acción contundente que ataque este flagelo a la democracia y al patrimonio del Estado.”<sup>22</sup>

En primer lugar, se busca que los servidores públicos no gestionen intereses ajenos al bien común, por lo tanto, se hace necesario reformar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades vigente. En este sentido se establecen prohibiciones para contratar con el Estado a los que hayan financiado campañas políticas, además se implementan medidas para que los servidores que estuvieron vinculados con entidades públicas no gestionen intereses privados por los próximos tres años ante la entidad donde se desempeñó, para así contrarrestar los efectos de la llamada puerta giratoria.

---

<sup>21</sup> **Gaceta 607 de 2010.** Congreso de la República. Exposición de motivos proyecto de ley 142 de 2010.

<sup>22</sup> *Ibidem.*

Por otro lado, se busca que los interventores de obras públicas sean sujetos disciplinables, además de establecer un catálogo de faltas gravísimas en el desarrollo de sus funciones.

En el capítulo que busca prevenir y combatir la corrupción en el ámbito de la contratación estatal, se expresa que es el sector más vulnerable actualmente, pues es en donde se viene evidenciando los escándalos más graves de este flagelo, por este motivo se considera necesario reformar puntualmente instituciones que así lo ameriten, para garantizar mayor transparencia y eficacia del ejercicio punitivo.

Para ello hay especial interés en fortalecer instituciones como la supervisión y la interventoría, dando claridad en que consiste cada una, pues según el proyecto de ley, existía un vacío normativo sobre este tema. Adicionalmente se pretende que los contratos estatales cuenten con esta vigilancia (sobre todo los de mayor cuantía), para así garantizar su debida ejecución. Se pretende también establecer mayores responsabilidades a los sujetos que desempeñen estas labores, con el fin de prevenir futuros actos de corrupción.

Así mismo, con el fin de garantizar el debido proceso en las actuaciones donde la entidad impone multas o sanciones al contratista incumplido, se hace necesario establecer un procedimiento en donde el contratista pueda ejercer debidamente su derecho de contradicción. Algo que concuerda con estipulado ya en el artículo 17 en la Ley 1150 de 2007, donde se instituyó el debido proceso, como principio rector de la contratación estatal.

Igualmente, se expresa que, para evitar la improvisación en la ejecución de los contratos de obra pública, el proyecto exige una diligencia mayor en los estudios previos de los proyectos, para así evitar que los recursos se malgasten en obras que no satisfacen el interés general o que se generen más costos debido a la planeación ineficiente de los proyectos.

Se enuncia adicionalmente en la exposición de motivos, que es necesario garantizar la transparencia y la selección objetiva de la contratación por mínima cuantía, por lo que el proyecto trae disposiciones encaminadas a fortalecer estos principios.

Adicionalmente, se establecen medidas frente al manejo de los anticipos, ya que se expresa la preocupación de que los contratistas no los destinen exclusivamente a la ejecución de los contratos, por lo tanto, se hace necesario establecer un sistema de seguimiento de estos recursos, y para ello se propone que para ellos sea creada una fiducia irrevocable.

Por último, se expresa en la exposición de motivos, la preocupación sobre los resultados que arrojaron los estudios de la Auditoría General de la Republica frente a la eficacia del control fiscal en Colombia<sup>23</sup>, por lo que el Proyecto de Ley propuso establecer reformas puntuales en los procesos de responsabilidad fiscal y la creación de un Sistema Integrado de Auditoría para la Vigilancia de la Contratación Estatal SIACE, con el fin de garantizar la transparencia en los procesos contractuales.

### **1.2.2 Debate en el Senado.**

En el primer debate del Senado, en lo que atañe a aspectos relevantes en la contratación Estatal, se estableció en el pliego de modificaciones, que el artículo 2 del Proyecto de Ley, que establece como causal de inhabilidad el haber financiado campañas políticas a la Presidencia, Gobernaciones y alcaldías, debe reformularse, en el sentido de que la conjunción “y” hace interpretar al operador jurídico que, para

---

<sup>23</sup> “Se han identificado una serie de deficiencias que impiden la eficiencia y eficacia del control fiscal territorial. Entre ellas se encuentran que gran parte de los procesos que se adelantan no culminan con decisiones de responsabilidad fiscal. Igualmente es alarmante el número de prescripciones que en el año 2009 ascendió a 712 procesos por cuantía de \$221.592 millones. El total de expedientes prescritos durante los últimos cinco años es de 3.732 por cuantía de \$2,9 billones. Por su parte, las caducidades fueron 157 en el año 2009 por cuantía de \$16.112 millones. Durante los últimos cinco años se caducaron 624 procesos por cuantía de \$522.394 millones”. (**Exposición de Motivos. Proyecto de ley 142 de 2010.**)

incurrir en esta causal, se debe haber financiado las tres campañas. Por lo tanto, la comisión primera propone el siguiente cambio:

*“Artículo 2°. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. El literal k) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 quedará así:*

*Las personas que hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y a las alcaldías, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato. (...)*

**(Artículo original del proyecto de ley 142 de 2010)**

*Artículo 2°. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. El numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 tendrá un nuevo literal k), el cual quedará así:*

*k) Las personas que hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las Gobernaciones o a las Alcaldías, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato”. (...)* **(Artículo modificado en el primer debate en Cámara)**

En el segundo debate, se realizaron otra serie de modificaciones al texto original del proyecto de Ley, en primer lugar, se propuso un artículo nuevo en el sentido de que las sociedades anónimas abiertas, en donde un servidor público tenga más del 20% de sus acciones, quedaran inhabilitadas para contratar con el Estado, con el fin de garantizar transparencia en esta actividad.

Por otro lado, se propuso crear un artículo nuevo que estableciese límites a los presupuestos de publicidad de las entidades, para que estas no se excedan en sus gastos.

Igualmente, por petición del Procurador General de la Nación, se propuso adicionar un artículo que permita que a los particulares que ejerzan funciones de supervisión e interventoría, se les pueda predicar responsabilidad disciplinaria por falta

gravísima, cuando no exijan las calidades técnicas necesarias de los bienes y servicios contratados.

Frente a la supervisión e interventoría, se expresó en la ponencia para segundo debate, que se hace necesario establecer independencia entre estos dos, con el propósito de esclarecer cuáles son sus funciones y facultades, por lo que se propuso realizar una modificación al articulado.

De igual manera, en el artículo que se refiere a la maduración de proyectos, se hizo necesario, ampliarla a los contratos de construcción y diseño.

Por otra parte, se propuso que la constitución de la fiducia para el manejo de los recursos entregados como anticipo no sea aplicable para los contratos de mínima y menor cuantía.

Respecto a la capacidad patrimonial para la celebración de contratos con el Estado, se propuso un artículo nuevo, donde el monto máximo para contratar, será el de 10 veces el patrimonio del contratista.

Se debe agregar que, frente a los contratos interadministrativos con instituciones públicas de educación superior, se propuso un nuevo artículo donde esta modalidad sea regulada por Ley 80 cuando se trata de contratos de consultoría.

Hay que mencionar, además, la prórroga que se propuso frente a los contratos de interventoría, pues se estableció que este debe prorrogarse tantas veces se prorrogue el contrato que se vigila.

Finalmente, en lo que concierne a temas relevantes en la contratación estatal, se propuso una fórmula para la calificación del factor económico de las propuestas, con el fin de brindar mayor transparencia a los procesos de selección abreviada y licitación pública.

Como resultado de los dos debates en el Senado, se aprobó un texto preliminar con un total de 130 artículos, en contraste de los 96 que originalmente proponía el



proyecto de Ley 142 de 2010, de lo que se concluye se adicionaron 34 artículos además de las modificaciones de las normas ya existentes.

### **1.2.3 Debate en la Cámara de Representantes.**

Las ponencias para el tercer y cuarto debate en Cámara, del proyecto de Ley 174 de 2010, se encuentran consignadas en las gacetas 019 y 128 de 2011 del Congreso de la Republica. En esta instancia del trámite legislativo los representantes propusieron numerosas reformas al proyecto, de los cuales se hace referencia exclusiva a aquellos relacionados con la contratación estatal.

En el tercer debate respecto al régimen de inhabilidades se propuso que la inhabilidad causada por la comisión de delitos no se restrinja a los que son en contra de la Administración Pública, sino a cualquier clase de delito. Se pretendió de igual manera, especificar que la inhabilidad que subyace de la financiación de campañas políticas, también se extendiera a los compañeros permanentes, para ajustar la norma a la jurisprudencia vigente. En el mismo sentido, se propuso que la norma que trata sobre la inhabilidad de las sociedades para contratar, cuando alguno de sus socios es o fue servidor público, se suscriba a los que ostentan cargos directivos o de asesoría. Por último, se propuso que la inhabilidad tanto para contratar como para gestionar intereses privados con la entidad de los ex servidores públicos sea de 3 años.

Por otro lado, se propuso eximir a las sociedades de economía mixta de publicar sus proyectos de inversión y planes de acción, pues pueden alterar o generar impacto en el mercado donde ellas realizan su actividad económica y compiten.

Se propuso, además, que la interventoría sea prorrogada por el mismo lapso que sea prorrogado el contrato el cual se está vigilando, ajustándose el valor del contrato de interventoría a las obligaciones adicionales que surjan.

Se formuló la posibilidad de que los procesos de Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento se archiven en caso de que el contratista haya cesado su incumplimiento y la entidad tenga constancia de esta situación.

Se expuso así mismo, la necesidad de suprimir el artículo referente a determinar la capacidad residual del contratista, ya que, en la actualidad, existe normatividad que tiene en cuenta aspectos financieros, por lo cual no sería necesaria. Por último, se propuso eliminar el artículo referente al sorteo obligatorio de la fórmula para la calificación del factor económico, en el sentido de que se considera inconveniente.

En el cuarto debate, se modificaron y suprimieron artículos que inciden en la contratación estatal. En primer lugar, respecto al régimen de inhabilidades, se propuso que quienes incurran en actos de corrupción, solo serán inhabilitados los sujetos que incurran en la comisión de delitos contra la administración pública, además en lo referente a las inhabilidades ocasionadas a los servidores públicos se adecua la normatividad referente a lo expresado por la Corte Constitucional en lo concerniente al alcance de las inhabilidades. Adicionalmente se propuso que sea inhabilitado por el tiempo señalado por la norma no solo quién haya incumplido reiteradamente con una entidad sino con varias. Por último, se propuso eliminar el artículo referente de la inhabilidad de las personas jurídicas para contratar, puesto que se considera que el numeral segundo del artículo 8 de la Ley 80, es más claro en su redacción.

Acerca de la supervisión, interventoría y consultoría, los representantes adujeron que se debía aclarar que los consultores también responden fiscalmente. Por otro lado, propuso que la garantía del contrato de consultoría puede ser dividida teniendo en cuenta los riesgos o etapas de la ejecución del contrato.

Finalmente, se propuso eliminar el artículo referente a la publicidad de la oferta, ya que se considera que, con la información suministrada en el SECOP, se cumple a plenitud este requisito.

#### 1.2.4 Texto Conciliado<sup>24</sup>

El informe de conciliación se encuentra consignado en la gaceta 311 de 2011 del Congreso de la Republica<sup>25</sup>. Se expresó en el informe, que luego del análisis de los dos textos, se decidió acoger la mayoría del texto aprobado por la Cámara de Representantes, sin embargo, por su mejor redacción se decidió incorporar en el texto definitivo dos artículos aprobados por la plenaria del Senado. *“Son los artículos 4° denominado Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado y 108 denominado Aplicación del Estatuto Contractual, en estos dos casos se acogen los artículos respectivos del texto aprobado por la plenaria del Senado de la República, correspondientes a los artículos 5° y 116 del mismo.”*<sup>26</sup>

Es así como entonces en un primer lugar se decide darle prelación al artículo aprobado por la plenaria del Senado:

Artículo 4°. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado. Adiciónase un literal f) al numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

---

<sup>24</sup> En esta instancia del trámite legislativo se nombra una comisión accidental de conciliación nombrada por los presidentes de cada Cámara y que se encargó de dirimir las diferencias evidenciadas en los textos aprobados por la Cámara de Representantes y el Senado de la Republica. En los En los términos del artículo 161 de la constitución política y los artículos 186 y siguientes de la ley 5ta de 1992.

<sup>25</sup> Para visualizar las gacetas correspondientes visitar la página web <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>

<sup>26</sup> Gaceta 311 de 2011. Imprenta Nacional. Congreso de la Republica de Colombia.

El artículo aprobado por la cámara de representantes es el siguiente:

Artículo 5°. *Inhabilidad para que exempleados públicos contraten con la misma entidad en la cual ejercieron funciones directivas.* Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo de la entidad respectiva y las sociedades en las cuales estos sean socios, representantes legales, miembros de la junta directiva, o empleados de dirección, confianza o manejo durante los dieciocho (18) meses siguientes al retiro del ejercicio del cargo público.

Esta inhabilidad también operará para los cónyuges o compañeros (as) permanentes y las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex servidor público.

Se puede observar que la norma acogida por la comisión accidental es algo más amplia que la aprobada por la cámara de representantes, en el sentido de que prohíbe al ex servidor de nivel directivo contratar con el Estado por dos años desde su separación del cargo en el sector donde prestó sus servicios es decir no se habla de la entidad específica, como si lo hacía el texto aprobado por la Cámara. En conclusión, la norma cobija a mas sujetos y además amplía el período de inhabilidad. El análisis de esta norma será expuesto en el capítulo tercero del presente trabajo.

Así mismo, se consideró por parte de la comisión accidental que la norma referente a la aplicación del Estatuto contractual, debe ser introducida al texto definitivo de la ley, dándole prelación sobre la aprobada por la Cámara de Representantes.

La norma que aprobó la plenaria del Senado fue la siguiente:

Artículo 108. Aplicación del Estatuto Contractual. Modifíquese el inciso 2° del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

Y la que aprobó la plenaria de la Cámara de Representantes fue:

Aplicación del Estatuto Contractual. Modifíquese el inciso 2° del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

Como se puede observar, la comisión de conciliación, aunque afirma que el artículo aprobado por la plenaria del Senado esta mejor redactado que el aprobado por la Cámara, no se observó diferencia alguna entre los dos, por lo tanto, no se entiende porque se insistió en realizar esta distinción.

Ya con el análisis del texto conciliado se finaliza con el análisis del trámite legislativo de la Ley 1474 de 2011. Para proceder a exponer los aspectos generales del Estatuto anticorrupción.

### 1.3 Descripción general de la Ley 1474 de 2011

Con la entrada en vigencia del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) se establecieron medidas para hacerle frente a un fenómeno significativamente nocivo para la sociedad como lo es la corrupción<sup>27</sup>. Esta norma entró a regir el mismo día de su sanción (12 de julio de 2011), su texto definitivo consta de 135 artículos los cuales se dividen en 10 Capítulos:

- Medidas administrativas para la lucha contra la corrupción.
- Medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada.
- Medidas disciplinarias para la lucha contra la corrupción.
- Regulación de lobby o cabildeo.
- Organismos especiales para la lucha contra la corrupción.
- Políticas institucionales y pedagógicas.
- Disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública.
- Medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción.
- Oficinas de representación.
- Vigencia.

Para facilitar la exposición de los aspectos generales de la norma mencionada, tomaré cada capítulo y lo presentaré de manera que se pueda entender cuál es la finalidad del conjunto de normas que los componen y posteriormente identificar que artículos están relacionados directamente con la contratación estatal.

---

<sup>27</sup> *“La corrupción es un intercambio consensual que involucra al menos dos partes capaces-una de las cuales ocupa una posición de poder mediante de la cual beneficiarse-, y son conscientes de que están violando reglas o los valores que sostienen el interés general de un sistema o una sociedad.*

*Por lo tanto, la corrupción es una acción condenable al grado de la violación de leyes y los valores de la sociedad en concreto, la única manera de establecer si se trata de corrupción o no es contextualizando la acción en el orden compartido (e implícitamente aprobado por la mayoría) del sistema en estudio.”* Concepto de corrupción tomado de la obra del Doctor Fernando cepeda Ulloa “La corrupción administrativa en Colombia”. Pág. 3. TM editores. Bogotá. 1994

### **1.3.1 Medidas administrativas para la lucha contra la corrupción.**

En este capítulo se consagran en primera medida inhabilidades para contratar con el Estado, vale resaltar que este punto se le dará un trato más profundizado en el tercer capítulo de esta investigación por ser un tema que se relaciona directamente con la contratación, en consecuencia, por ahora me limitaré a enunciar las inhabilidades que se crean o se modifican.

Quedarán inhabilitadas por un término de 20 años, quienes hayan incurrido en delitos contra la administración pública o que atenten contra el patrimonio del Estado, además los que hayan incurrido en conductas relacionadas con la financiación promoción o militancia de grupos al margen de la Ley. Aplica tanto para para las personas naturales declaradas penalmente responsables por estos delitos, como para las sociedades que son socios, exceptuando las sociedades anónimas abiertas.<sup>28</sup>

Por otro lado, se establece que las personas naturales o jurídicas que financien campañas políticas para Presidencia, Gobernación y Alcaldía, incurrirán en causal de inhabilidad para contratar con el Estado por el término que dure dicho periodo, en caso de que el candidato quede electo. Estos aportes deberán ser superiores al 2.5 % del presupuesto tope de los candidatos a invertir en sus campañas electorales. Esta inhabilidad se extiende para los representantes legales de la la persona jurídica que hagan estos aportes como a los que se encuentren en segundo grado de consanguinidad, afinidad o primero civil.<sup>29</sup>

También se toman medidas contra lo que se conoce como la “puerta giratoria”<sup>30</sup>, en donde los ex servidores públicos que ostentaron cargos directivos quedaran inhabilitados por un término de 2 años para contratar con la entidad con la que

---

<sup>28</sup> **Artículo 1.** Ley 1474 de 2011. Congreso de la Republica.

<sup>29</sup> **Artículo 2.** Ibídem

<sup>30</sup> Consiste en la rotación que hacen los Servidores entre el sector público, privado o viceversa, la medida consiste en evitar que de esta situación se saque provecho para favorecer interés privados, en contravía del principio de transparencia.

tuvieron vínculos. Así mismo todos los ex servidores públicos en general no podrán gestionar intereses privados en dicha Entidad por el mismo término.<sup>31</sup>

Además, se establecen límites al secreto profesional de los revisores fiscales, en tanto se les impone la obligación de denunciar actos de corrupción de los cuales tenga conocimiento o en su oficio tenga el deber de conocer, so pena de perder la inscripción de su matrícula profesional.<sup>32</sup>

En materia de control interno, los jefes de entidades estatales a nivel nacional pertenecientes a la rama ejecutiva, serán designados por el Presidente de la Republica, así mismo a nivel territorial, serán designados por la máxima autoridad al que pertenezca la entidad. También se fijan en cabeza de estos servidores la obligación de expedir reportes al Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica y a los organismos de control competentes en caso de que se conozcan actos de corrupción.<sup>33</sup>

Asimismo, se adoptan medidas frente al presupuesto que las entidades destinan al rubro de publicidad, en donde se constituye el deber de reducir los costos y en términos generales, realizar los gastos con austeridad. Además, se prohíbe utilizar estos recursos para la promoción de candidatos, servidores públicos, partidos políticos y en general intereses ajenos a los que esencialmente son concebidos.<sup>34</sup>

Por otro lado, se toman medidas en el sector salud, primordialmente en el sistema de seguridad social, para prevenir actos de corrupción y fraude al sistema, en cuanto se han venido evidenciando desviación de recursos, que como consecuencia entorpecen el goce efectivo del derecho a la salud de los ciudadanos.

Estas medidas son entre otras; la obligación de las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Nacional de salud a adoptar políticas contra el

---

<sup>31</sup>Artículos 3 y 4 de la Ley 1474 de 2011.

<sup>32</sup> **Artículo 7.** Ley 1474 de 2011. Congreso de la Republica.

<sup>33</sup> **Artículo 8.** Ibídem.

<sup>34</sup> **Artículo 10.** Ibídem.



fraude al sistema de salud, no se permitirá que dichas entidades realicen donaciones a campañas políticas, Se constituye el Sistema preventivo de prácticas riesgosas financieras y de atención en salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud (el cual tendrá como principal función la identificar esta clase de prácticas, regístralas y darles seguimiento para establecer las correspondientes medidas preventivas) y se establecen causales de agravación punitiva cuando la conducta se relacione con delitos contra el sistema de seguridad social.<sup>35</sup>

#### **1.3.1.1 Normas relativas a la Contratación Estatal.**

De los artículos 1 al 5 se introducen modificaciones al artículo 8º de la Ley 80 de 1993 (régimen de inhabilidades e incompatibilidades); el artículo 10 regula el ámbito del presupuesto de publicidad en las entidades estatales.

#### **1.3.2 Medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada.**

Con el fin de establecer políticas que ejerzan un control preventivo general, se introdujeron mediadas en materia penal que buscan endurecer aún más las consecuencias que llevan consigo los actos de corrupción, en especial los delitos contra la administración pública y que atenten contra el patrimonio del Estado.

Como primera medida se excluyen de manera general los subrogados penales que pueda llegar a favorecer al autor o participe de las conductas anteriormente descritas, sin embargo, en casos de colaboración, estos serán aplicables, si la persona no ha sido condenada penalmente por conductas dolosas o preterintencionales en los 5 años anteriores.<sup>36</sup>

Igualmente se amplían los términos de prescripción de la acción penal, el cual se aumentará en la mitad, si la conducta punible es realizada por un servidor público o

---

<sup>35</sup> Artículo 11 y 12. Ibídem.

<sup>36</sup> **Artículo 13.** Ibídem.

particular que ejercen funciones públicas y tiene relación funcional con el ejercicio de su cargo.<sup>37</sup>

Se adicionan tipos penales como el de corrupción privada<sup>38</sup>, estafa sobre recursos públicos y en el sistema de seguridad social integral<sup>39</sup> y administración desleal<sup>40</sup>, tráfico de influencias de particular<sup>41</sup>, fraude a subvenciones<sup>42</sup>, omisión de control en el sector salud. Además, se establece pena privativa de la libertad para la conducta punible de utilización indebida de información privilegiada<sup>43</sup>, se aumenta la pena de prisión en casos de Especulación y agiotaje de medicamentos y dispositivos médicos, evasión fiscal, peculado por aplicación oficial diferente si la conducta versa sobre recursos del sistema de seguridad social<sup>44</sup>, enriquecimiento ilícito por parte del servidor público, soborno trasnacional, simple y en la actuación penal<sup>45</sup>.

Resulta novedoso que en el artículo 27 del Estatuto se sancionen penalmente conductas tendientes a restringir la competencia en los procesos de selección de contratistas, ya que estas solo recibían control administrativo por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por último, se toman medidas frente a las personas jurídicas por medio de las cuales se realizaron conductas punibles, se regula las operaciones encubiertas en tema de corrupción, se le da un tratamiento especial al material probatorio que conduzca a establecer actos de corrupción<sup>46</sup> y con lo referente al cohecho, se establecen reglas

---

<sup>37</sup> **Artículo 14.** Ibídem.

<sup>38</sup> **Artículo 16.** Ibídem.

<sup>39</sup> **Artículo 15.** Ibídem.

<sup>40</sup> **Artículo 17.** Ibídem.

<sup>41</sup> **Artículo 28.** Ibídem.

<sup>42</sup> **Artículo 26.** Ibídem.

<sup>43</sup> Que en el texto original de la Ley 599 de 2000 establecía como consecuencia jurídica la multa.

<sup>44</sup> Además, se adiciona su modalidad culposa.

<sup>45</sup> Artículos 19 21 23 24 29 30 31 y 32. De la Ley 1474 de 2011.

<sup>46</sup> Se podrá practicar como prueba anticipada, testimonios de las personas que tengan sobre si o sus familias amenazas contra su vida, o se encuentren en proceso de extradición.

para que los autores o partícipes de esta conducta, puedan acceder al principio de oportunidad.

#### **1.3.2.1 Normas relativas a la Contratación Estatal.**

Del conjunto de normas de este capítulo se identifica el artículo 27 del Estatuto Anticorrupción, por tipificar una conducta que directamente se puede configurar en el proceso contractual. En esta norma se encuadran conductas como la colusión en los procesos contractuales, que ciertamente perjudican la sana competencia entre los proponentes, en ocasiones evitan que haya puja y en últimas, causan detrimento patrimonial al Estado, lo que constituye actos de corrupción.

#### **1.3.3 Medidas disciplinarias para la lucha contra la corrupción.**

Este capítulo reforma en cierta medida el Código disciplinario Único (Ley 734 de 2002), con el fin de establecer medidas que fortalezcan las actuaciones disciplinarias de los entes de control, es así como se amplía el catálogo de faltas disciplinarias gravísimas para los funcionarios públicos y particulares que ejercen funciones públicas, se modifica el artículo 53 del Código disciplinario para establecer el régimen aplicable en materia disciplinaria a los particulares.

Se Reforma la institución de la revocatoria directa cuando esta se emplea en los fallos disciplinarios, ya que la norma anterior<sup>47</sup> solo se permitía su procedencia en los fallos sancionatorios y excepcionalmente en los absolutorios y autos de archivo<sup>48</sup> cuando se tratase de conductas que atentaran contra el derecho internacional humanitario o los derechos humanos. El artículo 47 del Estatuto establece la posibilidad de revocar directamente los fallos sancionatorios o de archivo y los absolutorios solo cuando se traten de las conductas anteriormente mencionadas. Además, se establece tanto la competencia para su empleo como sus causales.

---

<sup>47</sup>**Ley 734 de 2002.** Artículo 122. Los fallos sancionatorios podrán ser revocados de oficio o a petición del sancionado, por el Procurador General de la Nación o por quien los profirió.

<sup>48</sup> Ver sentencia C-014 de 2004. Corte Constitucional De Colombia.

Por otro lado, se amplían los términos de prescripción tanto de la acción como la investigación disciplinaria, se modifica el régimen probatorio, el proceso verbal y sus recursos.

#### **1.3.3.1 Normas relativas a la Contratación Estatal.**

Los artículos 44 y 45 del Estatuto instituyen como sujetos disciplinables a los interventores y supervisores en los contratos estatales, además de establecer un catálogo de falta gravísimas en el eventual ejercicio de sus funciones. Sin embargo, esto no es una novedad pues ya la Ley 734 de 2002 establecía responsabilidad disciplinaria para estos sujetos.

#### **1.3.4 Regulación de lobby o cabildeo.**

El artículo 62 del Estatuto anticorrupción dispone que las prácticas de cabildeo<sup>49</sup> se realicen de forma transparente, para así prevenir las prácticas corruptas y eventuales conflictos de intereses. Por ende, las entidades públicas deberán tener registro de estas gestiones, ya que eventualmente cuando las autoridades competentes tengan prueba como mínimo, sumaria, de donde se pueda inferir la comisión de un delito o falta disciplinaria, podrán pedir acceso a la información requerida.

En este caso la norma analizada no se relaciona directamente con la contratación estatal.

#### **1.3.5 Organismos especiales para la lucha contra la corrupción.**

Se considera que la intervención de los entes de control no es suficiente, por lo que es necesaria la colaboración y coordinación de estas con las demás entidades del

---

<sup>49</sup> “En este marco, se define el lobby o cabildeo como “aquel contacto de carácter personal y privado que tenga por objeto promover, defender o representar cualquier interés” para la elaboración de actuaciones legislativas o administrativas.” Ver informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley no. 142 de 2010 Senado. Dr. Armando Benedetti. Presidente del Senado. Pág. 13

Estado y la ciudadanía, por lo tanto, se decide conformar la Comisión Nacional para la Moralización<sup>50</sup>, que la conformarán según el artículo 62 del Estatuto:

- a. El Presidente de la República
- b. El Procurador General de la Nación
- c. El Fiscal General de la Nación
- d. El Contralor General de la República
- e. El Defensor del Pueblo
- f. El Auditor General de la República
- g. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia
- h. El Presidente del Consejo de Estado
- i. El Presidente del Senado
- j. El Presidente de la Cámara de Representantes
- k. El Ministro del Interior
- l. El Ministro de Justicia
- m. El Secretario de Transparencia de la Presidencia de la República

La principal función de este organismo es promover el cumplimiento del Estatuto anticorrupción, de la Ley 190 de 1995 y en general establecer estrategias y políticas para combatir el fenómeno de la corrupción en el país.

De igual manera, se crean otros organismos como las Comisiones Regionales de Moralización y la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, que tendrán funciones análogas y deberán reunirse al menos 3 veces al año con la Comisión nacional para concertar acuerdos en pro de la lucha contra la corrupción y así realizar un informe anual de sus labores.

---

<sup>50</sup> Este organismo ya se había creado con la expedición de la Ley 195 de 1995, pero hasta la sanción de la ley 1474 de 2011, su estructura se vio sometida a varias mutaciones mediante cambiaban los mandatos presidenciales.

### **1.3.6 Políticas institucionales y pedagógicas.**

En este capítulo lo conforman una serie de disposiciones encaminadas a fortalecer la eficiencia en la gestión pública, es así que se dispone que cada entidad a nivel nacional, departamental y municipal, tendrán la obligación de emplear estrategias con el objetivo primordial de combatir la corrupción y darle una adecuada atención al ciudadano.

Así mismo se implementa una política antitrámites en donde todas las entidades del orden nacional, deberán justificar la imposición de tramites nuevos al usuario, con el de establecer su necesidad.

Por otro lado, se dispone que todas las entidades públicas deberán tener al menos una dependencia que se encargue de gestionar las quejas, sugerencias y reclamos del ciudadano relacionadas con el cumplimiento de las labores para la cual la entidad fue creada.

Se establece que las entidades públicas<sup>51</sup> deberán publicar en su página web todos los proyectos de inversión, con el fin de garantizar mayor transparencia en el proceso de contratación pública.

Además, se incentiva la participación ciudadana en la gestión pública, se establece que todos los planteles educativos de educación básica y secundaria deberán implementar programas que promuevan las competencias ciudadanas de esta población, para así estimular una cultura de legalidad que prevenga principalmente actos de corrupción.

---

<sup>51</sup> Las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta no tendrán este deber. Artículo 77 de la Ley 1474 de 2011.

#### **1.3.6.1 Normas relativas a la Contratación Estatal.**

Del conjunto de normas que conforman este capítulo identifico el artículo 77 del estatuto, ya que se dispone un deber de publicidad especial en los proyectos de inversión.

#### **1.3.7 Disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública.**

El análisis de este conjunto de disposiciones comprende en gran medida el objetivo principal de este trabajo, por lo cual me limitaré a enunciar los cambios introducidos por estas normas en el ámbito de la contratación, para posteriormente (tercer capítulo) profundizar en su desarrollo.

Como primera medida el artículo 82 del Estatuto (que modifica el artículo 53 de la Ley 80 de 1993) establece que los interventores, supervisores y asesores de la actividad contractual responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente por las conductas que se deriven del cumplimiento de sus funciones, vía acción u omisión y causen un perjuicio a la administración. Esta medida no es en especial una novedad, ya que la Ley 734 de 2002 los califica como sujetos disciplinables, además de las normas penales, fiscales y civiles que antes de la expedición del Estatuto predicaban la responsabilidad correspondiente.

Otro aspecto relevante que trae este capítulo es la distinción que hace de la interventoría y supervisión. La norma indica que la interventoría se da cuando el contenido obligacional del contrato suponga un seguimiento jurídico, contable, técnico, financiero y administrativo especializado, cosa que no es requerida para la supervisión dado que no es necesario que el supervisor posea conocimientos o estudios especiales. Además, se advierte que la supervisión e interventoría, en principio, no pueden concurrir en un mismo proceso contractual, salvo que la entidad considere necesario la división de la vigilancia del contrato principal.

El artículo 84 que contiene los deberes y facultades de los supervisores y asesores, establece una causal de inhabilidad de 5 años para los interventores, la cual procederá cuando este omita entregarle a la entidad contratante información que permita establecer el incumplimiento del contrato o actos de corrupción. A raíz de lo anterior vale preguntarse ¿esta inhabilidad es aplicable también para el supervisor?, le daremos respuesta a esta cuestión en los capítulos siguientes.

Por otro lado, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 regula lo concerniente a la imposición de multas sanciones y declaratorias de incumplimiento, se establece un procedimiento para estos actos ante la entidad que será llevado en una audiencia, en donde la entidad podrá cuantificar de manera anticipada los perjuicios<sup>52</sup>, y el jefe de la entidad podrá suspender en pro de la actuación administrativa.

Por su parte, el artículo 87, que modifica el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 establece la obligación de elaborar estudios previos en caso de contratación directa. A partir de lo anterior cabe preguntarse; ¿es en realidad una novedad?

Los párrafos 1 y 2 del artículo 87 que fueron derogados por la Ley 1682 de 2013 o “Ley de infraestructura”, los cuales establecían un procedimiento especial para la expropiación de inmuebles cuyo motivo sea el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte y se disponía una norma referente al avalúo comercial y catastral de los bienes inmuebles a expropiar.

El artículo 88 por su parte, establece los factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de bienes y servicios, que modifica el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Esta norma contiene los criterios de selección

---

<sup>52</sup> En la Sentencia C- 499 de 2015 la Corte Constitucional realiza un análisis sobre la constitucionalidad expresión “cuantificando los perjuicios del mismo” de la norma en mención, concluyendo lo siguiente: “Establecer, en el contexto de los contratos estatales, un trato especial en favor de las entidades estatales, para permitirles, en caso de declararse el incumplimiento del contrato por parte del contratista, cuantificar los perjuicios que de él se deriven, en el marco de un procedimiento administrativo reglado, que prevé su audiencia y participación, y con fundamento en las pruebas en él practicadas, para luchar contra la corrupción y para garantizar la protección efectiva del interés general, tiene justificación constitucional y, en consecuencia, no desconoce ni el preámbulo ni los artículos 13, 29, 83 y 228 de la Constitución.”



de la oferta más favorable para la entidad, la cual es el resultado de la ponderación de los elementos de calidad y precio que se indiquen bajo formulas o puntajes que se indiquen en el pliego de condiciones, o que representan la mejor relación costo beneficio.

Respecto a las adendas en los procesos licitatorios, se indica que no podrán expedirse dentro de los tres días anteriores al cierre del proceso de selección. Esto principalmente para que no le cambien las reglas de juego a los oferentes a última hora y eventualmente, evitar direccionamientos en la adjudicación de los contratos.

El Estatuto por otro lado, establece una nueva inhabilidad para los contratistas que incumplan reiteradamente sus obligaciones contractuales, así pues, el artículo 90 establece lo siguiente:

*“a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;*

*b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;*

*c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.”<sup>53</sup>*

Este tipo de conductas derivaran en una inhabilidad de 3 años y empezará a regir desde el momento que en que la última sanción quede en firme.

Una de las medidas que se tomaron para evitar que los anticipos se siguieran desviando a fines diferentes para lo que fueron concebidos, fue imponer el deber al contratista de constituir un una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable a favor de

---

<sup>53</sup> Ley 1474 de 2011. Artículo 90

la entidad para que los recursos sean administrados por la fiduciaria y se garantice que estos sean empleados para la ejecución del contrato adjudicado.

Por su parte el artículo 92 del Estatuto anticorrupción, contempla la prohibición de que se celebren contratos interadministrativos de prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública, entre personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por entidades estatales, Sociedades de Economía Mixta con participación mayor del 50 % del Estado, instituciones públicas de educación superior y federaciones de entidades territoriales.

Se debe agregar, que las sociedades de Economía mixta y las Empresas industriales y comerciales del Estado, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas, donde el Estado tenga una participación mayor al 50%, estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo cuando en su actividad comercial, se encuentre en competencia con el sector privado o en mercados regulados. Se modificó el Artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 eliminando la expresión “monopolísticos”. La redacción de esta norma debió ser diferente, esto es, expresar de entrada que las entidades de esa naturaleza que están en competencia o desarrollan su actividad en mercados regulados, no están sometidas a la aplicación del Estatuto Contractual, y que si lo estarán aquellas cuya actividad industrial y comercial no encuadre en dicha situación, por lo tanto es casi imposible que ninguna entidad de este raigambre desarrolle su actividad industrial y comercial en estos supuestos de competencia o mercados regulados, pues el único caso de aplicación del Estatuto de contratación (ley 80 de 1993) a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, son el caso de las licoreras departamentales que desarrollan una actividad monopolística en la producción de destilados y las entidades encargadas del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en los términos del artículo 336 de la constitución política.

Hay que mencionar, además, que se instituye un procedimiento especial para la contratación por mínima cuantía los detalles y las críticas correspondientes se realizarán en el capítulo correspondiente.

El artículo 95 establece que, si la entidad esta exceptuada de contratar bajo el régimen de la ley 80 del 1993, las ejecuciones de los contratos interadministrativos estarán de todas formas sometidos a lo dispuesto en el Estatuto, sin embargo, el régimen del contrato seguirá siendo privado, si la entidad ejecutora realiza su actividad económica con el sector privado, o el objeto del contrato

Para concluir se instituye en el artículo 95 el régimen de transición en cuanto a los procesos contractuales en curso celebrados antes de la entrada en vigencia del Estatuto anticorrupción, y se establece que estos se seguirán regulando por las normas vigentes al momento de su adjudicación, y no operarán las inhabilidades contempladas.

#### **1.3.7.1 Normas relativas a la Contratación Estatal.**

Del artículo 82 al 96 son todas normas que regulan el ámbito de la contratación estatal, por la razón de que todo este capítulo es dedicado a tomar medidas para combatir la corrupción en la contratación.

#### **1.3.8 Medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción.**

En este capítulo se instituyen una serie de normas que contemplan medidas en materia fiscal con el fin de lograr un control más efectivo de las prácticas corruptas en este sector. Como primera medida se establecen modificaciones al proceso de responsabilidad fiscal, introduciendo el procedimiento verbal en las actuaciones administrativas tendientes a establecer la responsabilidad fiscal de los funcionarios y particulares que causen un detrimento patrimonial injustificado al Estado.

En los artículos 98 y siguientes se establecen las etapas del procedimiento verbal, se regulan cada una de ellas, se instituyen reglas para la procedencia de los recursos y por último se establecen las reglas respectivas en materia de notificaciones. Cabe decir que la norma general a aplicar para estos asuntos es la Ley 610 de 2000.

En conclusión, lo que se pretendió con la imposición del procedimiento verbal fue darle celeridad a los tramites y en general dinamizar toda la actuación administrativa, sin embargo, hay discusiones frente a la eficacia de la oralidad en general en los procesos judiciales y administrativos en Colombia, ya que en la práctica al parecer no se han logrados los objetivos esperados para descongestionar la administración de justicia.

Por otro lado, con el Estatuto anticorrupción se realizan modificaciones en lo referente al procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal, en donde se destaca la regulación de las notificaciones, plazo para decretar pruebas y los requisitos y oportunidad para presentar la solicitud de nulidad sobre la actuación en el procedimiento administrativo.

Todavía cabe señalar que el Estatuto establece una serie de facultades a los entes de control fiscal para facilitar las investigaciones en las que avancen, en gran medida se establece la obligación de los contratistas, interventores, servidores públicos y en principio a todas las personas que tengan la posibilidad, de aportar material probatorio que conduzca a esclarecer los hechos que se investigan.

El artículo 119 del Estatuto, corrobora la existencia de responsabilidad solidaria entre los ordenadores del gasto con los contratistas y las personas que coadyuden con el detrimento patrimonial.

Por ultimo en virtud del principio de coordinación, se establecen medidas para que las contralorías territoriales realicen alianzas estratégicas con organizaciones de

investigación social, la academia y la Auditoría General de la República con el fin de ejercer un control social efectivo en materia fiscal.

#### **1.3.8.1 Normas relativas a la Contratación Estatal.**

En materia de contratación estatal están directamente relacionados el artículo 114, 118, 119 y 120 de la Ley 1474 de 2011. Sin embargo, cabe apuntar que toda esta regulación aplica para la actividad contractual en la medida de que se están utilizando recursos públicos.

#### **1.3.9 Oficinas de Representación y vigencia.**

En estos últimos artículos se señala que todo lo contenido en el Estatuto anticorrupción será aplicable a las oficinas de representación o persona que realice gestiones de personas jurídicas domiciliadas en el extranjero. Además, se especifica que la acción disciplinaria caducará a los 5 años de la realización de la última conducta conocida y prescribirá en ese mismo tiempo a partir de la apertura de la acción disciplinaria.

Por otro lado, el artículo 133 prohíbe la entrega de dádivas o prebendas a los trabajadores del sistema general de seguridad social e independientes, por parte de las entidades promotoras de salud y demás que menciona norma. Estas conductas acarrearán sanciones pecuniarias y además serán tenidas en cuenta en el momento de evaluar procesos contractuales con el Estado.<sup>54</sup>

Se establece una excepción al delito de tráfico de influencias y es que cuando el servidor público realice esta conducta en favor de la comunidad o región que administran, no serán responsables penalmente, pues su conducta está justificada.

---

<sup>54</sup> Esta norma resulta ambigua puesto que no se explica bien si este será un factor que perjudicará al contratista en el proceso de selección.

El último capítulo fija, la entrada en vigencia del Estatuto Anticorrupción, la cual fue el 12 de julio de 2011. Esta fecha es importante para establecer entre otras cosas, los regímenes de transición anunciados en el transcurso de este análisis.

#### **1.3.9.1 Normas relativas a la Contratación Estatal.**

El Artículo 133 configura que las prácticas descritas serán tenidas en cuenta en los procesos contractuales con el Estado.

## **2. CAPITULO SEGUNDO**

### **Modificaciones e instituciones introducidas por la Ley 1474 de 2011 en materia de contratación estatal**

En el presente capítulo se desarrollará el tema central de la investigación, para ello se propone abordar sistemáticamente cada institución modificada por el Estatuto Anticorrupción, teniendo como base los acercamientos teóricos que autores reconocidos en materia de Derecho Administrativo y contratación estatal hacen sobre el tema, esto sin apartarnos de nuestra apreciación personal, teniendo en cuenta que una de las motivaciones de realizar este trabajo, fue desarrollar un análisis crítico del constante reformismo que hay en materia de contratación pública, tomando como punto de partida la Ley 1474 de 2011 y sus modificaciones introducidas en el Estatuto General de la contratación Pública.

Así las cosas, se abordarán las en primer lugar las modificaciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades; en segunda instancia, abarcaremos el tema de la Interventoría, supervisión, consultoría, asesoría y la responsabilidad jurídica derivada de sus funciones; posteriormente se estudiará el nuevo procedimiento para la imposición de multas, declaratorias de incumplimiento y sanciones; en cuarto lugar, se desarrollará el trato que el Estatuto le da a la institución del Anticipo; en quinto lugar, se abordarán las modificaciones realizadas por la Ley 1474 de 2011 a

la contratación por mínima cuantía y, por último, se abordarán otros aspectos regulados por el Estatuto anticorrupción en materia de Contratación Estatal.

## **2.1 Modificaciones introducidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.**

Según la Corte Constitucional, las inhabilidades e incompatibilidades “*son requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad para el ingreso y permanencia en el servicio público.*”<sup>55</sup> Así mismo expresa reiteradamente en sus sentencias, que las inhabilidades son circunstancias instituidas en la Constitución y desarrolladas por la Ley que imposibilitan a una persona ser designada en un cargo público o elegida popularmente, o en definitiva celebrar contratos con el Estado.<sup>56</sup>

En materia contractual la diferencia principal entre estas dos instituciones, reside en que la inhabilidad imposibilita a una persona celebrar contratos estatales por el tiempo que determine la causal en la que incurran, en cambio, las incompatibilidades se predicen de la imposibilidad de celebrar contratos con una Entidad en particular, en razón de su vínculo laboral con la administración, de que se presenten conflictos de interés o de parentesco. Se puede decir entonces que la inhabilidad es de carácter general y la incompatibilidad es específica puesto que se refiere a un vínculo contractual con una Entidad en particular.

El profesor Luis Alonso Rico Puerta, frente a esta discusión predica lo siguiente:

“En efecto, puede afirmarse, para efectos prácticos, que la diferencia básica entre inhabilidad e incompatibilidad tiene que ver con el momento negocial en el que se predica una y otra restricción a la capacidad negocial. La inhabilidad es **antes**, sin perjuicio claro está de las sobrevinientes. Quien está inhabilitado ni siquiera puede participar en el proceso.

---

<sup>55</sup> **Sentencia C- 200 de 2001.** Corte Constitucional De Colombia.

<sup>56</sup> **Sentencia C - 546 de 1993.** Corte Constitucional De Colombia.

La incompatibilidad se predica **durante** el ejercicio del cargo y tiene efectos relativos, es decir, solo se afirma en la Entidad Estatal respectiva.”<sup>57</sup>

Las inhabilidades constituyen una limitación a la capacidad de las personas naturales y jurídicas de Contratar con las Entidades públicas, en este sentido se pueden considerar entonces como una excepción a la regla general de presunción de capacidad que la Ley otorga.<sup>58</sup>

La consecuencia jurídica de celebrar contratos estando inmerso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad es la Nulidad del Negocio jurídico celebrado, según lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y que constituye una excepción a la presunción general de capacidad consagrada en el artículo 6 del Estatuto general de contratación y en los artículos 1502 y 1503 del Código Civil Colombiano.

Con lo anterior, se concluye esta breve introducción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para pasar a estudiar lo modificado por el Estatuto Anticorrupción en esta materia.

---

<sup>57</sup> **Rico Puerta, Luis Alonso (2013).** *Teoría general y práctica de la contratación Estatal*. Pág. 166. Leyer. Bogotá.

<sup>58</sup> En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-178 de 1997. "La ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales. En tal virtud, estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (art. 6o.). Por consiguiente, no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad. La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual."



### **2.1.1 Causal de inhabilidad para contratar para personas Naturales declaradas judicialmente responsables por la comisión de delitos contra la Administración Pública.**

Esta “nueva” inhabilidad se establece para personas naturales que hayan sido condenadas por conductas dolosas constitutivas de delitos contra la Administración Pública y que dicha condena comprenda pena privativa de la libertad o quienes hayan sido condenados por la promoción, pertenencia o financiación de grupos ilegales; Narcotráfico; delitos de lesa humanidad; soborno trasnacional y delitos contra el patrimonio público.

Esta inhabilidad tiene una vigencia de 20 años<sup>59</sup> (exceptuando los delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o el exterior, la cual será permanente) y se extenderá a las sociedades a las cuales pertenecen las personas condenadas, exceptuando las sociedades anónimas abiertas.

Como se expresó anteriormente, la Corte Constitucional evaluó la constitucionalidad de las expresiones “*o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior*” del artículo 1 de la ley 1474 de 2011, en la sentencia C- 630 de 2012, pues según el actor, la norma vulnera lo ya establecido por el artículo 122 de la

---

<sup>59</sup> En la **Sentencia C-630 /12** la Corte Constitucional evaluó la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 1474/11 y llegó a la siguiente conclusión: “la Corte Constitucional declarará la inconstitucionalidad de las expresiones “o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o el exterior”, del artículo 1 de la Ley 1474 de 2011 por regular supuestos normativos previstos en el artículo 122 de la Constitución a los que la norma superior ya había atribuido una consecuencia jurídica diferente, esto es, la inhabilidad permanente. Así, la expresión demandada – “La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años”- y el resto del articulado integrado se encontrará exequible, de modo que tal término solo podrá tener aplicación en los demás supuestos del artículo 1 de la ley 1476/11, ajenos a las prescripciones del 122 constitucional.”

constitución política<sup>60</sup>, dado que esta norma ya consagraba una sanción más alta (inhabilidad permanente) para las conductas allí descritas, por lo que se genera una contradicción con una disposición de carácter constitucional. La Corte realiza el análisis y evidencia que las expresiones demandadas del artículo primero del estatuto, si contravienen la constitución en los siguientes términos:

(...)“de este modo, la contradicción entre la norma legal que limita a veinte años el término de inhabilitación y la norma constitucional que la hace permanente, solamente existe para los siguientes supuestos inhabilitantes del artículo demandado, relacionados : (i) la condena judicial por comisión de delitos contra el patrimonio del Estado -y contra la administración pública solo en cuanto afecten el patrimonio del Estado-; y (iii) la condena judicial por comisión de delitos relacionados con grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o narcotráfico.”(...) <sup>61</sup>

En este sentido, las personas condenadas por los delitos ya mencionados, serán inhabilitados permanentemente, exceptuando los delitos contra la administración pública y el soborno transnacional, siempre y cuando con la comisión de estos delitos no se haya afectado patrimonialmente al Estado, de este modo la inhabilidad será de 20 años para contratar.

Por otro lado, debido a la redacción de la norma y al aparte declarado inexecutable por la Corte Constitucional, se incrementó la duda sobre si las condenas interpuestas por jurisdicciones extranjeras, a personas declaradas responsables por delitos contra la administración pública y soborno transnacional, también inhabilitaban para contratar con el Estado. La sala de consulta y del servicio civil del Consejo de Estado se pronunció sobre esta inquietud aduciendo lo siguiente:

---

<sup>60</sup> (...)“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.” **Artículo 122.** Constitución política de Colombia.

<sup>61</sup> **Sentencia C- 630 de 2012.** Corte Constitucional de Colombia. M.P: Mauricio González Cuervo

(...)“Por todas las razones expresadas, la Sala considera que la inhabilidad prevista en la norma citada, aun después de la modificación realizada en su texto por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011 y de la declaratoria de inexequibilidad parcial efectuada por la Corte Constitucional en la sentencia C-630 de 2012, se presenta no solamente cuando los jueces nacionales declaran la responsabilidad penal por la comisión de delitos contra la administración pública o el soborno transnacional, sino también cuando la responsabilidad por los mismos delitos es declarada por jueces extranjeros, por conductas cometidas total o parcialmente en el exterior”(…)⁶²

El Consejo de Estado llega a esta conclusión, aduciendo de que a pesar de que en el trámite legislativo de la ley 1474 de 2011 no se haya explicación por la cual se suprimió la expresión “*y otras jurisdicciones*” que contemplaba la norma en el texto original del proyecto de Ley, se deben tener en cuenta todos los tratados internacionales que Colombia tiene en contra de la corrupción, además del mismo artículo 122 de la constitución política, el cual contempla esta posibilidad si la conducta afecta el patrimonio del Estado, y en definitiva, por el mismo fin expresado en la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011, el cual es la lucha contra la corrupción.

Por otro lado, se destaca el propósito de la norma, en cuanto busca que los contratos que se adjudiquen sean ejecutados por personas idóneas para tal propósito, con hojas de vida intachables, para así propender por la adecuada aplicación de los principios de la Contratación Estatal y de la Gestión fiscal.

Sin embargo, Respecto a la financiación de los grupos ilegales, resulta preocupante la cantidad de contratistas que son extorsionados por las llamadas "vacunas" tanto en zona rural como en zona urbana, por grupos guerrilleros, paramilitares, Bandas criminales, delincuencia organizada etc. y que con el fin de cumplir con las obligaciones adquiridas no ven otra opción que acceder a sus pretensiones.

---

⁶² **Consejo de Estado (2015)**. Radicado 2260. Sala de consulta y servicio civil. Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas.

Lo anterior, es al parecer algo normal en el gremio de los contratistas del Estado, donde hasta llegan a incluir estas sumas de dinero en el valor de los contratos, contando de antemano con dicha extorsión, conducta ilegal y reprochable, que obedece más que todo a la falta de presencia de la fuerza pública y a la incapacidad material de la Nación de brindarle seguridad a los contratistas en zona de riesgo.

Es de concluir entonces, que la Ley<sup>63</sup> prácticamente le exige al contratista enfrentar estas situaciones, así no se le garantice la seguridad. Lo que conlleva a que el contratista deba tomar una actitud temeraria con el fin de cumplir con sus obligaciones contractuales o, por el contrario, asumir el riesgo de la comisión de conductas punibles derivadas del pago a las extorsiones de los grupos al margen de la Ley.

### **2.1. 2 Causal de inhabilidad para las personas que hayan financiado campañas políticas.**

El Estatuto Anticorrupción<sup>64</sup> establece esta nueva casual de inhabilidad para personas<sup>65</sup> que hayan financiado campañas políticas para la presidencia, gobernaciones o alcaldías cuyo aporte sea superior al 2.5 % de las sumas máximas a invertir por el candidato beneficiado por la contribución en la campaña electoral, lo que deja como consecuencia que la persona natural o jurídica (exceptuando las sociedades anónimas abiertas) no podrá contratar con las entidades públicas (incluyendo las descentralizadas), del nivel administrativo al que pertenezca el funcionario electo.

Esta inhabilidad se extiende a personas que se encuentran dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de la persona que

---

<sup>63</sup> Como por ejemplo el artículo 90 de la Ley 418 de 1997 *“Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*.

<sup>64</sup> Se agrega un nuevo literal al artículo 8 de la Ley 80 de 1993

<sup>65</sup> Esto incluye a todas sociedades distintas de las anónimas abiertas que hayan realizado aportes por medio de su representante legal o por cualquiera de sus socios.

realizó la contribución a la campaña del candidato electo. Además, su término de duración será el período por el cual fue elegido el candidato.

Como se observa, la norma tiene como principal objetivo propender por la transparencia en los procesos de contratación pública, en el sentido de que trata de evitar que intereses privados se beneficien ilegítimamente de los recursos públicos, sin embargo, está claro y los hechos lo demuestran, que a pesar de que la norma existe, se siguen presentando casos de clientelismo al interior de las administraciones Municipales, Departamentales y a nivel Nacional.

Abordando al profesor Gaspar Ariño Ortiz en su texto concerniente a la financiación de campañas políticas, considero que una posible medida para que se limiten estas prácticas, sería la prohibición de financiación privada en las campañas electorales y en definitiva a los partidos políticos, ya que desde esta perspectiva, por un lado se evita que los privados tengan intereses indebidos en la contratación pública, y por el otro, todos los candidatos estarían en igualdad de condiciones y se accedería a las administración más por méritos propios que por una maquinaria política respaldada por recursos casi ilimitados.<sup>66</sup> Aunque velar por intereses comunes de ciertos sectores de la sociedad por medio de la financiación de campañas políticas, no configura en sí, una conducta reprochable (pues se está persiguiendo un interés

---

<sup>66</sup> Aunque en su discurso parece apoyar la abolición de la financiación pública de los partidos políticos, Gaspar Ariño Ortiz advierte el peligro de la financiación privada, “Todo ello, ciertamente, no puede hacernos olvidar el peligro —real— de que los grandes donantes aspiran lógicamente a mediatizar el comportamiento de los partidos, tanto si están en el gobierno (del Estado, Comunidad Autónoma o Gobierno Local) como si están en la oposición. Cuentan que a un banquero americano que hacía siempre importantes donaciones a varios senadores, un periodista le preguntó: ¿cree usted que sus donativos influirán en las decisiones del Senado? Y el contestó: “Ciertamente, así lo espero”. El dinero privado siempre apoyará a aquellos candidatos que crea le van a favorecer con sus criterios de actuación, pero esto no es algo que tenga necesariamente que evitarse, siempre que se sepa con toda claridad quién da, cuánto da y a quiénes; y siempre, naturalmente, que el donativo no se vincule a finalidades u operaciones concretas, porque ello sería un delito. Que los distintos grupos sociales o económicos hagan llegar sus intereses —y su dinero— a los partidos no es condenable, sino todo lo contrario. Pero hay que poner los medios adecuados, para que los partidos no queden enfeudados en los intereses de sus financiadores. No se puede aceptar dinero para que se lleven a cabo determinadas actuaciones o se formulen determinadas preguntas en el Parlamento (cash for questions, que dicen los ingleses); mucho menos para obtener contratos futuros, tarifas convenientes en los servicios públicos o inmunidades fiscales; prácticas de las que se ha acusado más de una vez a los partidos. Este es un peligro real, que hay que evitar, pero no exagerar”. **Tomado de “La Financiación de los Partidos Políticos”. Pág. 28. 2009**

común y lícito)<sup>67</sup> , si lo es por ejemplo que grandes empresas de la construcción, financien campañas de aspirantes a la presidencia, con el fin de verse luego favorecidos por la adjudicación de contratos de obra.

### **2.1.3 Inhabilidad para los interventores que incumplan las obligaciones del contrato de interventoría.**

El artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, que Regula las facultades y deberes de los interventores y supervisores, dispone en su párrafo 2, una inhabilidad para los interventores que omitan la obligación de entregarle información a la entidad contratante respecto al incumplimiento del contrato que vigila, “circunstancias o hechos que puedan constituir que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato,”<sup>68</sup> incurrirán en causal de inhabilidad por un término de 5 años, que empezaran a contar desde la ejecución del acto administrativo que declare dicha sanción.

Aunque frente a las “nuevas” responsabilidades de los interventores ahondaremos más adelante, cabe decir que esta norma que reforma el artículo 8 del Estatuto General de Contratación, fue sometida a control de Constitucionalidad en la sentencia C-434 de 2013 por la Corte Constitucional, en donde se encuentran los siguientes problemas jurídicos a resolver derivados de los cargos interpuestos por el accionante:

“i) Un posible desconocimiento del principio de legalidad y, en consecuencia, la vulneración del debido proceso –artículo 29 de la Constitución-, por el párrafo 2º del artículo 84 de la ley 1474 de 2011, pues de su lectura no se puede determinar qué delitos generarían la inhabilidad que esta disposición prevé, pues ni el código penal, ni

---

<sup>67</sup> Por ejemplo, una conducta no reprochable, sería en caso el gremio de transportadores de carga por carretera decidan realizar aportes a la campaña de un aspirante a la Presidencia de la República, con el fin de que este promueva mejoras en el estado de las carreteras y en general en la infraestructura vial, además de que les garantice la seguridad en todo el territorio nacional. La consecución de este fin, no solo beneficiaría al sector en cuestión, sino también, al resto de los colombianos.

<sup>68</sup> párrafo 2, artículo 84, de la Ley 1474 de 2011.

ningún otro cuerpo normativo, define cuáles son los delitos “que puedan constituir actos de corrupción”. En este sentido, no sería determinada, ni determinable, la causa que motiva la imposición de la inhabilidad adicionada al artículo 8º de la ley 80 de 1993.

ii) Un posible desconocimiento del principio *non bis in idem* y, en consecuencia, la vulneración del debido proceso –artículo 29 de la Constitución-, por el mismo párrafo 2º del artículo 84 de la ley 1474 de 2011, que, al prever una sanción de naturaleza disciplinaria, desconoce la competencia de la Procuraduría General para sancionar disciplinariamente a los particulares y genera problemas de favorabilidad que llevarían a la inaplicación de la inhabilidad prevista en la ley 734 de 2002.

iii) Un posible desconocimiento del derecho de defensa y, en consecuencia, la vulneración del debido proceso –artículo 29 de la Constitución-, en cuanto la disposición acusada prevé la imposición de una sanción administrativa sin que haya sido definido por el legislador quién debe imponer dicha sanción, mediando qué etapas procesales, si existe la posibilidad de controvertir y de aportar pruebas y, en general, si es posible ejercer el derecho de defensa ante la acusación planteada.”<sup>69</sup>

Frente al primer cargo, la Corte Realiza un análisis del Principio de legalidad, en la que hace referencia a sus elementos esenciales<sup>70</sup> y partiendo de esto examina si la *norma cumple con estos postulados, y llega a la conclusión de que se si existen* herramientas suficientes para determinar que delitos se tipifican como actos de corrupción (como la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la misma Ley 1474 de 2011), lo que conlleva a desestimar dicho cargo.

Respecto al segundo cargo, La corte realiza una exposición de los aspectos más relevantes del Principio *non bis in idem*, concluyendo que este se desconoce si confluyen estos tres elementos: identidad de sujeto; identidad de causa; y coincidencia de objeto. Afirma la corte que en este caso no hay identidad de causa

---

<sup>69</sup> **Sentencia C-434 de 2013.** Corte Constitucional. MP. Alberto Rojas Ríos

<sup>70</sup> “La respuesta parte del contenido que el principio de legalidad tiene en nuestro ordenamiento, el cual implica i) determinación previa y plena de las conductas sancionables y de las sanciones a imponer; ii) que dicha determinación la realice la autoridad competente para ello, que, generalmente, es el legislador; y iii) que exista correlación entre la conducta y la sanción.” **Sentencia C-434 de 2013.** Corte Constitucional. MP. Alberto Rojas Ríos

puesto que la Finalidad de una y otra sanción es diferente; la inhabilidad para contratar derivada del artículo 84 del Estatuto Anticorrupción busca la moralidad, la transparencia y eficacia de la actividad contractual Estatal y la inhabilidad impuesta por el artículo 56 del código disciplinario derivada de la falta gravísima consagrada del artículo 34 de la misma norma, pretende es la protección de los principios que gobiernan la función pública.

La Corte en consecuencia llega a la conclusión de que en este caso la norma no es contraria al principio *non bis in ídem*, sin embargo, afirma que al haber confluencia de sanciones (la del Estatuto que es de 5 años y la del Código Disciplinario que va de 1 a 20 años) solo se podrá aplicar la más gravosa independiente de cual se haya impuesto primero, esto siguiendo los parámetros del principio de proporcionalidad.

Frente al tercer cargo, la Corte Constitucional lo descarta por considerar que no se viola el debido proceso, puesto que el artículo 86 de Ley 1474 de 2011, contiene el procedimiento a seguir en para imponer la sanción al interventor que incumpla las obligaciones ya mencionadas, respetándole el derecho de contradicción.

Por último, cabe destacar la inhabilidad se configura como consecuencia del incumplimiento del contrato de interventoría, es decir, que esta sobreviene por el solo hecho de la declaratoria de incumplimiento por parte de la entidad, la cual deberá sustentar los supuestos jurídicos de la norma. En otras palabras, la inhabilidad de 5 años no es una sanción que imponga la entidad contratante, sino que es consecuencia jurídica derivada de la declaratoria de incumplimiento.

#### **2.1.4 Prohibición para celebrar contratos de interventoría.**

De acuerdo con el artículo 5 del Estatuto Anticorrupción, toda persona natural o jurídica que haya celebrado contrato de concesión, obra pública, suministro de medicamentos o de alimentos con las entidades consagradas en el artículo 2 de la Ley 80 del 1993, no podrá celebrar contratos de interventoría con esa misma entidad, en el transcurso de tiempo en qué estos se ejecuten y hasta su liquidación.



Esta prohibición, se extiende también para el cónyuge, compañero o compañera permanente, familiar hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil y los socios de las sociedades anónimas distintas de las sociedades anónimas abiertas de la persona natural o jurídica a la cual se le adjudicó el contrato.

Esta norma fue objeto de control de Constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-618 de 2012 debido a que, según el accionante, esta inhabilidad principalmente desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en razón de que resulta desbordante el poder configurador del legislador al imponer una norma que vulnera derechos fundamentales como el del trabajo, la libertad de escoger profesión u oficio y la libertad de empresa.<sup>71</sup>

En resumen, la Corte Consideró que la norma no vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en cuanto esta solo aplica para la entidad contratante, y busca fortalecer el principio de transparencia y la prevalencia del interés general sobre el particular.

Por otro lado, a partir del análisis de esta norma, es posible cuestionarse sobre la posibilidad de que una persona natural o jurídica, que este ejecutando un contrato de interventoría para la entidad, pretenda celebrar los contratos que menciona la disposición, es decir, se trate de la situación contraria. Es evidente que el artículo 5 del estatuto anticorrupción se queda corto, si lo que se pretendió con esta prohibición es evitar que una persona tenga el doble carácter de contratista e interventor, pues como ya se explicó, deja abierta dicha posibilidad.

Además, sigue estando abierta la posibilidad de que, en entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación, se presente la situación que la norma pretende prevenir. Por lo que se cree que el legislador no debió limitar el

---

<sup>71</sup> El accionante aduce que la norma sería proporcional y racional si solo se entendiera que el contratista no puede vigilar y al mismo tiempo ejecutar el contrato Estatal, sin embargo, considero (y me apegó al argumento de la Corte Constitucional) que esto sería redundante pues es más que obvio que se estarían vulnerando los principios de la gestión pública, de la contratación y del control fiscal.

alcance de la norma a las entidades consagradas en el artículo 2, de la ley 80 de 1993, pues en estas también se deben garantizar la correcta aplicación de los principios de la contratación estatal, en particular el de transparencia y moralidad administrativa.

#### **2.1.5 Prohibición para que ex empleados públicos contraten con el Estado.**

El artículo 4 del Estatuto Anticorrupción adiciona un nuevo literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, y aunque la norma lo define como una inhabilidad, lo cierto es que se trata de una prohibición puesto que esta es aplicable no durante el ejercicio del cargo, sino una vez la persona se haya desvinculado de la Entidad contratante, es decir con posterioridad.

Establece que las personas que hayan ejercido directa o indirectamente cargos de nivel directivo en cualquier entidad del Estado, por el termino de 2 años contados a partir del retiro del cargo público, no podrán contratar con el Estado cuando el objeto del contrato sea afín al sector en el que el directivo se desempeñó.

Esta prohibición también se extiende para las sociedades a las que el ex directivo forme parte a cualquier título y a los parientes que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil.<sup>72</sup>

No queda claro en esta norma si a todo tipo societario al que pertenezca ex funcionario se le es aplicable esta prohibición, puesto que en la mayoría de artículos que tratan inhabilidades se excluye expresamente a las sociedades anónimas abiertas, sin embargo, la cuestión se aclara en el pronunciamiento de la corte constitucional en la sentencia C-257 de 2013 en donde se expone lo siguiente:

“(…)Sin embargo, como lo plantea el demandante y algunos intervinientes, tratándose de sociedades anónimas por acciones, dadas sus características esenciales, la restricción no podría aplicarse, pues en estos casos no existe posibilidad de control sobre los accionistas que puedan acceder a la compra de acciones, y que lo pueden

---

<sup>72</sup> Cabe resaltar la falta de técnica legislativa al tratar esta prohibición como una incompatibilidad.

hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por su condición de ex servidor público. Esta circunstancia de suyo no implica que la norma deba ser declarada inconstitucional o la necesidad de que la Corte profiera una sentencia condicionada, pues de lo que se trata en este caso es de fijar el alcance material de la proposición normativa objeto de control.

Para la Corte es claro que la prohibición establecida en el artículo 4 de la ley 1474 de 2011, que adiciona el literal F al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos.

Esta hipótesis es distinta, se aclara, a la del ex servidor público que tiene la condición de directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó (...) <sup>73</sup>

Por lo anterior, la norma citada es declarada exequible a pesar de que la corte en su *ratio decidendi* fija un campo de aplicación que la norma expresamente no tiene, lo que a mi parecer debe dar lugar a una exequibilidad condicionada, en tanto se está excluyendo a posibles destinatarios de la preposición demandada.

#### **2.1.6 Prohibición para gestionar intereses privados por parte de los ex servidores públicos.**

El artículo 3 de la Ley 1474 de 2011 reforma el numeral 22 del artículo 35 de la ley 734 de 2002, y prevé a que todo ex servidor público le está prohibido gestionar a título personal o a través terceros servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo,<sup>74</sup> y tampoco podrán prestar esta clase de servicios a sujetos que estuvieron bajo la

---

<sup>73</sup> **Sentencia C-257 de 2013.** Corte Constitucional de Colombia. M.P Jaime Córdoba Triviño

<sup>74</sup> **Artículo 3. Ley 1474 de 2011.** Congreso de la Republica.

supervisión, vigilancia y control de la entidad en donde se desempeñó como servidor.

Además, se establece que en relación con los asuntos concretos<sup>75</sup> la duración de esta prohibición será indefinida.

En la Sentencia C-257 de 2013 se evaluó la constitucionalidad de este precepto, en cuanto principalmente el accionante argumentó que transgrede el principio de proporcionalidad, a lo que la Corte Constitucional se expresa de la siguiente manera:

(...) Desde el punto de vista del contenido literal de la norma podría admitirse que el presupuesto en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, se aplicaría únicamente a la primera prohibición. Esta interpretación indicaría que la segunda prohibición al no estar sujeta al mismo supuesto que la primera, consagraría para los ex servidores públicos que cumplieron funciones de inspección, vigilancia, control o regulación, una restricción desproporcionada frente a sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión, arte u oficio, pues no podrían, durante el plazo previsto de los dos años a partir de la dejación de su cargo, asesorar, representar o asistir a cualquier persona natural o jurídica que pertenezca a los sectores que comprendían sus funciones y en cualquier tipo de asunto. Por esta razón y en aplicación del principio de conservación del derecho, se hace necesario expulsar del ordenamiento esa posible interpretación inconstitucional y, en su lugar, declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido que el requisito “en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo”, se aplica a las dos prohibiciones allí consagradas. Y ello precisamente en razón de la amplitud e interminación de los sectores que comprenden estas funciones específicas y que implicaría, como se anotó, una restricción constitucionalmente desproporcionada frente a los derechos fundamentales en juego.

De tal manera que las prohibiciones previstas en la norma acusada se aplican única y exclusivamente respecto de asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios. Lo cual significa que los ex servidores públicos en uno y otro

---

<sup>75</sup> “Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe <sic> sujetos claramente determinados.” Ibídem.

caso sí podrían, asistir, representar o asesorar con respecto de las entidades para las cuales prestaron sus servicios o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñaron durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva y con respecto a la misma (...) <sup>76</sup>

La corte optó por darle una interpretación sistemática a la norma acusada, entendiendo que estas prohibiciones limitarían en un amplio margen al ex servidor si no pudiera por el realizar estas actividades en el término establecido y por lo tanto vulnerar su derecho al trabajo y al libre ejercicio de la profesión, lo que en definitiva resulta desproporcionado. Como consecuencia, la corte decidió declarar la norma bajo la premisa de exequibilidad condicionada, en el entendido que podrán ejercer los asuntos mencionados siempre y cuando no se trate de aquellos que estén ligados específicamente al cargo que fungió y a la entidad donde laboró.

Aunque esta prohibición no reformó directamente el estatuto general de contratación, si influye en los posibles contratistas del Estado, que tendrán que tener en cuenta esta prohibición al momento de contar con personal que cumpla estas funciones, so pena de quedar inmerso en esta prohibición. No obstante, resulta difícil de entender como la Procuraduría general de la nación y demás organismos de control puedan ejercer un control efectivo en estos casos.

### **2.1.7 Inhabilidad por incumplimiento reiterado.**

El artículo 90 del Estatuto Anticorrupción, contempla que todo Contratista quedará inhabilitado por un término de 3 años a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento En el Registro Único de Proponentes, si incurre en algunas de las siguientes conductas:

---

<sup>76</sup> **Sentencia C-257 de 2013.** Corte Constitucional de Colombia. M.P Jaime Córdoba Triviño

“a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;

b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales

c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.”<sup>77</sup>

Esta inhabilidad también se hace extensiva a los socios de las sociedades de personas que incurran estas causales, además de las sociedades de personas que ellos formen parte con posterioridad a la declaratoria, es decir durante el término de la sanción.

Se entiende que la norma busca poner en cintura a los contratistas incumplidos y velar por que los contratos se ejecuten exitosamente, sin embargo, esta medida puede constituir unas consecuencias muy drásticas y desproporcionadas para los contratistas, sobre todo si pensamos que una inhabilidad de tres años puede significar la insolvencia económica de una empresa contratista la cual tenga como su principal fuente de ingresos el Estado. Similar apreciación expone el profesor David Suarez Tamayo en su obra *“cláusula de multas y penal pecuniarias”*<sup>78</sup> en el cual expresa su preocupación sobre lo desproporcionado de la norma, enfatizando en los literales b) y c) en donde propone inclusive ejercer una acción de inconstitucionalidad sobre estos por transgredir el principio de proporcionalidad.<sup>79</sup>

Si se piensa bien, un contratista con gran musculo financiero y por ende una elevada capacidad residual, que tenga un sin número de contratos en ejecución, está

---

<sup>77</sup> Artículo 90. Ley 1474 de 2011. **Congreso de la república.**

<sup>78</sup> **Suarez Tamayo, David** “cláusula de multas y penal pecuniarias”. Pág. 170. Librería jurídica Sánchez R. 2014.

<sup>79</sup> Inclusive la norma fue demandada ante el Tribunal Constitucional, sin embargo, en la Sentencia C-084 de 2014, la Corte se declaró inhibida para expedir un fallo de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda, en cuanto esta no cumplió con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. Lo que hace que siga la puerta abierta para una nueva acción de inconstitucionalidad.

expuesto a que en el transcurso de un año fiscal, se le impongan multas o se le declaren incumplimientos provenientes de una decisión unilateral donde en pocas palabras la entidad contratante hace de juez y parte, y es probable que las decisiones que la entidades tome no sean las más acertadas o justas, sin perjuicio del procedimiento establecido para esta clase de sanciones. En parte por eso se debe pensar que la sanción de inhabilidad por las causales b) y c) de la norma son desproporcionadas toda vez que pueden constituir conductas eventuales y predecibles en casos de diferencias contractuales entre las partes contratantes.

## **2.2 Reforma a las instituciones de Interventoría y supervisión.**

El Estatuto anticorrupción en sus artículos 82, 83, 84 y 85 consagró normas relativas a la supervisión e interventoría (además de las que consagran prohibiciones, responsabilidad fiscal y disciplinaria etc.) que en si constituyen cierta novedad en el ordenamiento jurídico, partiendo por el hecho que, por primera vez, la Ley consagra sus definiciones de manera general y explícita. No obstante, observaremos que no todo es novedoso y que estas novedades no implican claridad para el operador jurídico.

En este orden de ideas, presentaré en la primera parte de esta subsección, aspectos generales de la supervisión y la interventoría que contiene el Estatuto, para pasar a analizar las reglas relacionadas a la responsabilidad jurídica proveniente del ejercicio de estas funciones.

### **2.2.1 Aspectos generales de la supervisión y la interventoría.**

El artículo 83 del Estatuto consagra que la finalidad común de estas instituciones es velar por la transparencia, la moralidad administrativa, prevenir la corrupción en la contratación estatal y en definitiva, custodiar la correcta ejecución de los contratos. Así mismo, dispone en que consiste cada una como lo observaremos a continuación:

(...) La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría. (...) <sup>80</sup>

Se puede concluir en primer lugar que, tanto la supervisión y la interventoría tienen como objeto la vigilancia y seguimiento de la correcta ejecución de las obligaciones contractuales en representación de la Entidad pública, en segundo lugar, que la diferencia principal es que la supervisión no requiere conocimientos técnicos especializados para ejercer esa función, la interventoría si, en tercer lugar, que la interventoría solo puede ser externa, mientras que la supervisión puede ser prestada por un funcionario de la Entidad o en caso de que ésta no cuente con personal suficiente o idóneo para el efecto, contratar una persona para que cumpla con dicha labor a través de la modalidad de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión.

Aunque en principio, se podría pensar que la distinción de estos conceptos ayudaría al operador jurídico a entender mejor en que consiste una y otra actividad , la realidad es que la norma a nuestro parecer, puede llevar a una encrucijada al funcionario público encargado del proceso contractual, debido a que tendrá que decidir si el objeto de lo contratado requiere conocimientos especializados o no, para así saber si esta función la puede cumplir un funcionario de la entidad o un tercero (en el caso de la supervisión) o por el contrario deberá contratar un

---

<sup>80</sup> **Artículo 83.** Ley 1474 de 2011.



interventor, en razón a la complejidad técnica que tal seguimiento apareja. Y es que no es un problema menor, si pensamos que el procedimiento para contratar la supervisión externa sería contratación directa y para la interventoría lo sería el concurso de méritos, esta inquietud la presenta el profesor Javier Rincón Salcedo en su artículo de *“Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia”* y en la cual expresa:

(...) “Una situación que, aunada al hecho de que de acuerdo con las normas que reglamentan la materia, mientras el procedimiento de selección adecuado para la contratación de consultores, es decir, entre otros, de interventores, es el concurso de méritos y excepcionalmente la mínima cuantía, para contratar a un supervisor externo el procedimiento de selección es la contratación directa — esto último, por cuanto la supervisión, de acuerdo con las normas consagradas en la Ley 1474 de 2011, debe ser considerada como un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión— conlleva a que, de entrada, el funcionario público encargado de contratar se encuentre en la difícil situación de tener que escoger, sin contar con un claro criterio diferenciador de los contratos, el mecanismo pertinente de selección del tercero a quien se confiará el seguimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución de cada uno de los contratos que decida celebrar. (...)

(...) En otros términos, las normas en comento, reguladoras de la actividad contractual, ubican a la administración en una situación caracterizada por la falta de claridad y de transparencia, en tanto y en cuanto continúa enfrentando a las entidades estatales al dilema de determinar por ellos mismos la diferencia entre un contrato de prestación de servicios (supervisión) y uno de consultoría (interventoría). Es decir, ante la evidente dificultad de intentar determinar cuáles son aquellas actividades de seguimiento técnico, administrativo, financiero, jurídico y contable, que “no requieren de conocimientos especializados” que son catalogados como supervisión y aquellas actividades de seguimiento técnico, administrativo, financiero, jurídico y contable, que “sí requieren de conocimientos especializados” y que deben ser catalogados como interventoría. En definitiva, se da el dilema de determinar cómo se puede desarrollar y reconocer una actividad de control para la cual no se requieren conocimientos especializados, para

poder proceder a la selección del contratista mediante el procedimiento de contratación directa sin incurrir en una violación de la norma.”<sup>81</sup>

A partir de lo anterior, se puede llegar a la conclusión de que presentará gran dificultad para el funcionario determinar si para un contrato en específico aplica una u otra institución, y eso eventualmente conllevará a que la supervisión externa sea descartada de plano, si tenemos en cuenta, que en los contratos que superen la mínima cuantía de la entidad, deberá estar justificado el hecho de no contratar interventoría. El funcionario para “curarse en salud” optará por la interventoría, ya que si observamos bien es complicado entender que cuestiones requieren conocimientos especializados cuando se trata de que los recursos públicos sean eficazmente empleados en la ejecución adecuada de los contratos.

Se intuye que con la disposición lo que se pretende es en parte acabar con las famosas nóminas paralelas en lo que se refiere a los supervisores externos, cuyo procedimiento es la contratación directa por medio del contrato de prestación de servicios profesionales de apoyo a la gestión<sup>82</sup>, sin embargo, se cree que se está encareciendo aún más la actividad contractual, pues la interventoría ciertamente es más costosa, puesto que su perfil así lo exige y el procedimiento es el concurso de méritos.

Asimismo, el artículo 83 dispone que la supervisión e interventoría como regla general no serán concurrentes en un mismo contrato, sin embargo, establece que excepcionalmente, podrán concurrir si la Entidad lo considera necesario. En este caso, se deberá especificar cuáles son las funciones técnicas a cargo del interventor y las demás a cargo del supervisor, de lo que se concluye que las labores de vigilancia se dividen.

Consideramos inconveniente la medida tomada por el estatuto anticorrupción en este punto, pues se cree que tanto los interventores como los supervisores, son

---

<sup>81</sup> **Rincón salcedo, Javier.** “Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia”. 125 *Vniversitas*, 319-337 (2012)

<sup>82</sup>**Literal h). Numeral 4. Artículo 2. Ley 1150 de 2007.** Congreso de la República.

perfectamente capaces de desarrollar la labor de vigilancia plena de los contratos (atendiendo a la naturaleza del objeto a vigilar), si tenemos en cuenta que las entidades están obligadas a contratar personal idóneo para el ejercicio de las actividades de vigilancia encomendadas, esto es, con la experiencia profesional que amerite la tarea confiada, por lo que es innecesario, por ejemplo que un supervisor realice actividades que perfectamente podría realizar un interventor, en la vigilancia integral del contrato. Además, la norma al no especificar cuáles son las funciones técnicas y especializadas a cargo del interventor y las otras a cargo del supervisor, deja la puerta abierta para que se presente el caso de la duplicidad de funciones, o peor aún, que se dejen áreas sin vigilancia, producto de la falta de certeza de dichas tareas, y de la ausencia de sinergia entre dos sujetos que posiblemente nunca han trabajado juntos. De este modo pensamos que se está comprometiendo la celeridad del proceso contractual y, por ende, el principio de economía.

Por otro lado, el Artículo 84, consagra las facultades y deberes de los supervisores e interventores, el cual contiene, por una parte, las facultades lógicas de esta clase de actividad, como lo son solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual<sup>83</sup>. E instituye como deber suministrar información oportuna a la entidad sobre hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción, que pongan en riesgo la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales, o el incumplimiento como tal. Es necesario darle a esta norma el carácter de enunciativo, pues se entiende que los deberes y facultades de los interventores y supervisores no se circunscriben solo a ella.

Por último, cabe decir que el artículo 85 consagra la posibilidad de que los contratos de interventoría se prorroguen por el mismo plazo en que se haya ampliado el contrato principal, algo apenas lógico, pues el objeto del contrato de interventoría es la vigilancia de este. También establece la obligación por parte del interventor de

---

<sup>83</sup> **Artículo 84.** Ley 1474 de 2011.

constituir garantía de cumplimiento por lo menos, hasta el periodo de la garantía de estabilidad del contrato objeto de vigilancia.

Como la finalidad de la expedición del Estatuto anticorrupción es prevenir que se presenten actos de corrupción, no se explica porque la adopción de esta medida, pues en nada tiene que ver el límite de adición de contratos de interventoría, con una medida tendiente a prevenir dicho flagelo dentro de la administración. Consideramos que la adopción de esta medida, obedece más al afán de solucionar el problema que se trató de enmendar desde el Decreto 2774 de 2008 en su artículo 73, cuya disposición fue anulada por el Consejo de Estado<sup>84</sup>, y que en realidad no ostenta novedad alguna, pues el Decreto Ley 222 de 1983, no establecía límite para la adición de dichos contratos.

En lo que se refiere a la obligación del interventor de constituir garantía de cumplimiento, por un periodo igual a la garantía de estabilidad de la obra, se está dando en la práctica, que las compañías aseguradoras, se han mostrado reacias a otorgar dicha cobertura, por lo que la disposición se ha tornado ineficaz. Frente a este tema, el Gobierno y los entes gubernamentales encargados de la vigilancia de la actividad aseguradora, no han tomado las medidas necesarias para que las compañías aseguradoras cumplan la Ley.

### **2.2.2 Responsabilidad Jurídica de los supervisores e interventores.**

Durante el trámite legislativo de la Ley 1474 de 2011, se hizo especial énfasis, en que existía un gran vacío en la legislación colombiana en este campo,<sup>85</sup> y por lo tanto, una de las medidas a tomar debe ser la implementación de un sistema de responsabilidad (disciplinaria, fiscal, penal y civil) que previniera actos de corrupción por parte de los sujetos encargados de la vigilancia contractual, en este caso los supervisores e interventores. Sin embargo, como vamos a observar, a partir del

---

<sup>84</sup> **Consejo de Estado (2010)**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia con expediente 36.054. MP: Enrique Gil Botero

<sup>85</sup> **Proyecto de ley 142 de 2010**. Exposición de motivos. Gaceta del congreso.

análisis de las disposiciones contempladas en el estatuto, estas en su mayoría no representan verdadera novedad, pues el ordenamiento jurídico colombiano en su conjunto, ya las contemplaba.

### **2.2.2.1 Responsabilidad disciplinaria.**

Se establece en el artículo 44 del Estatuto, que reforma el artículo 53 la ley 734 de 2002; tanto los supervisores e interventores serán sujetos disciplinables, en cuanto ellos, en el ejercicio de tales actividades, ejercen funciones públicas:

“(…) El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos. (...)”<sup>86</sup>

Posteriormente, el artículo 82, reitera que *“los interventores responderán civil, fiscal, penal y **disciplinariamente**, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.”*<sup>87</sup>

Y, por último, el artículo 84 en su párrafo 1º Cataloga como falta gravísima, la omisión por parte del supervisor o interventor, de exigirle al contratista el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, tales como bienes y servicios de

---

<sup>86</sup> **Artículo 44. Ley 1474 de 2011.** Congreso de la República.

<sup>87</sup> **Artículo 82.** Ibídem.

calidad adecuada, obras ejecutadas en su cabalidad y omitirle información a la entidad que pueda llevar al incumplimiento contractual o tratar de conductas corruptas tipificadas como delitos, por parte del contratista.

De lo anterior se puede decir que la Ley 1474 de 2011, en temas disciplinarios, no trae grandes novedades, en cuanto el artículo 53 del Código disciplinario único, ya consagraba expresamente que los particulares que ejercían funciones públicas como la de interventoría eran sujetos disciplinables, la duda recaía sobre los supervisores externos y los asesores; sin embargo, aunque la misma norma lo expresa (pues ellos cumplen funciones públicas), En la Sentencia C-037 de 2003 la corte Constitucional evaluó la constitucionalidad de esta norma y explicó que al tratarse de funciones públicas a cargo de particulares y amparados en el principio de responsabilidad<sup>88</sup>, los particulares son sujetos disciplinables en cuanto a las conductas u omisiones se enmarquen en un tipo disciplinario en el ejercicio de sus funciones.

#### **2.2.2.2 Responsabilidad fiscal.**

El análisis es prácticamente el mismo que el anterior, ya la Ley 610 del 2000<sup>89</sup> contemplaba responsabilidad fiscal por parte de los particulares que ejercen funciones públicas y, por ende, gestión fiscal en los términos del Artículo tercero de la norma en cuestión, función enmarcada dentro de la vigilancia que realizan los interventores y supervisores de los contratos Estatales.

Una gestión inadecuada de las funciones de interventoría y supervisión, ciertamente podrían desencadenar en un detrimento patrimonial del Estado, por lo que es importante que las entidades cuenten y contraten con personal idóneo para ello, pues dado los escándalos de corrupción (por lo menos visibles) en la contratación

---

<sup>88</sup> **Artículo 6.** Constitución política de Colombia.

<sup>89</sup> **Artículo 1.** El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. Ley 610 del 2000. Congreso de la Republica.

que se viene presentando, hace pensar que muchas veces la figura del interventor y el supervisor, son apenas adornos en las relaciones contractuales, fruto de la mala práctica de cooperación mutua que realizan los interventores contratistas con las empresas que ejecutan el contrato, ya que el que es interventor hoy, mañana puede estar en el lugar del contratista, así que convenientemente se tapan las cosas para evitar conflictos en un futuro (especialmente cuando hablamos de contratos de valor elevado, donde las empresas con capacidad para ejecutar el contrato son limitadas en el respectivo sector).

#### **2.2.2.3 Responsabilidad penal.**

Los interventores y supervisores ciertamente pueden incurrir en la comisión de conductas tipificadas como delitos en el ejercicio de sus funciones, en especial cuando se trata de delitos contra la administración pública, tales como la celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos, violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, peculado por aplicación oficial diferente o acuerdos restrictivos de la competencia.<sup>90</sup>

#### **2.2.2.4 Responsabilidad civil.**

El parágrafo 4º del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 consagra responsabilidad solidaria entre el contratista y el interventor, en caso de que este último omitiera informarle a la entidad indicios de un posible incumplimiento de las obligaciones contractuales del contrato vigilado, por lo que responderá por los perjuicios que le sean imputables y que se le causen a la entidad.

Además, el artículo 119 reitera la responsabilidad solidaria de los interventores y supervisores:

“ARTÍCULO 119. SOLIDARIDAD. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño

---

<sup>90</sup> **Artículos 410, 409, 408, 399 o 410-A respectivamente.** Ley 599 del 2000. Congreso de la Republica.

patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.”<sup>91</sup>

La norma anteriormente citada fue objeto de revisión por la Corte constitucional, mediante la sentencia C-338 de 2014 donde cabe resaltar lo siguiente:

(...) “La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposos, hayan sido encontrados responsables.” (...) <sup>92</sup>

De lo anterior, se puede concluir que para que los interventores y supervisores puedan ser solidariamente responsables con el Contratista y demás personas involucradas en los hechos que dieron lugar al detrimento patrimonial de la Entidad, debe existir responsabilidad en materia fiscal, lo que nos hace llegar a afirmar que debe existir prejudicialidad en materia fiscal para que opere la solidaridad.

Los profesores Yuri Gorbaneff, Juan Manuel Gonzales y Leonardo Barón en su texto *¿para qué sirve la interventoría de obras públicas en Colombia?*, ya habían propuesto, antes de la expedición del estatuto anticorrupción, la posibilidad de que los interventores se hicieran responsables solidariamente con el contratista, de los perjuicios causados por el incumplimiento en sus obligaciones, y que desencadenaron en la pérdida patrimonial del Estado<sup>93</sup>. Pues según su postura, la ausencia de responsabilidad pecuniaria de los interventores por el incumplimiento del contrato que se vigila, era una de las causas de que la interventoría en Colombia, no cumpliera el papel por el cual fue concebido.

---

<sup>91</sup> **Ley 1474 de 2011**. Congreso de la república.

<sup>92</sup> **Sentencia C-338 de 2014**. Corte Constitucional de Colombia. M.P Alberto Rojas Ríos

<sup>93</sup> **Yuri Gorbaneff, Juan Manuel Gonzales y Leonardo Barón (2011)**. *¿para qué sirve la interventoría de obras públicas en Colombia?* Revista de economía institucional vol. 13 no. 24. primer semestre 2011. Pág. 427



#### **2.2.2.5 Reflexiones finales.**

Como he mostrado, la supervisión y la interventoría son de suma importancia en la actividad contractual Estatal, ya que a través de ellas es posible velar por adecuada ejecución del contrato. No obstante, se considera que la gran mayoría de los cambios introducidos por el Estatuto Anticorrupción en esta materia ya existían por lo menos desde el 2003 y, sin embargo, antes de la expedición del estatuto se cometieron graves atentados contra las finanzas públicas por medio de la contratación, lo que conlleva a pensar que no es un problema de anomias normativas lo que hace que las malas gestiones de los supervisores e interventores pasen sin ser percibidas, sino que es un problema más profundo relacionado con los entes de control (Procuraduría, Contraloría, fiscalía) y las entidades contratantes, que producto de su gestión ineficiente, promueven la impunidad.

Sin dejar a un lado la debilidad que existe en la estructuración de los procesos de selección de contratistas, donde las más de las veces, no resultan beneficiados con la adjudicación del contrato los proponentes con las mejores condiciones, no obstante aparecer como los mejores en la respectiva evaluación que da pie a la adjudicación del contrato.

#### **2.3 Responsabilidad de los consultores y asesores externos.**

El análisis que se propone frente al nuevo régimen de responsabilidad derivados de los contratos de consultoría y asesoría es asimilable al que se propuso para los interventores y supervisores, puesto que el contrato de interventoría es una especie del genero de contrato de consultoría cuya modalidad de selección, como regla general es el concurso de méritos<sup>94</sup>, como lo define el numeral 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993:

---

<sup>94</sup> Artículo 2. num.3. Ley1150 de 2007. Congreso de la Republica.

“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.”<sup>95</sup>

Los consultores o asesores en el ejercicio de sus obligaciones contractuales se entienden que están ejerciendo una función pública, así lo consagra el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 en materia penal y lo ratifica el artículo 82 del Estatuto anticorrupción:

(...) “Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.” (...)

Se concluye entonces como en el capítulo anterior, que no se presenta una gran novedad en lo que respecta a las responsabilidades fiscales, penales, disciplinarias y civiles. Y que también deberán responder solidariamente en los términos del artículo 119 de la ley 1474 de 2011.

## **2.4 Procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.**

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, se les otorgó expresamente a las entidades sometidas al régimen de la Ley 80 de 1993, la facultad de hacer efectivo

---

<sup>95</sup> **Ley 80 de 1993.** Congreso de la República.

unilateralmente las multas pactadas en razón de requerir al contratista para que cumpla las obligaciones del contrato, además de la declaratoria de incumplimiento para ejercer el cobro de las cláusulas penales pactadas, así lo señala el artículo 17 de la norma citada:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”<sup>96</sup>

A partir del año 2007, se apacigua el debate, de si las entidades sometidas al régimen del Estatuto general de contratación estaban facultadas para ejercer este

---

<sup>96</sup> **Artículo 17. Ley 1150 de 2007.** Congreso de la Republica.

tipo de actos de forma unilateral<sup>97</sup>, o, por el contrario, debían acudir al juez del contrato para que este las hiciera efectivas. Lo que sí es claro es que las entidades sometidas a regímenes especiales o a derecho privado, no poseen esta facultad, en cuanto en la norma de manera expresa hace alusión solo a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Otra discusión que se presenta con la expedición de la ley 1150 de 2007, es si las multas y la declaratoria de incumplimiento en razón de efectuar la exigibilidad de la cláusula penal, constituyen o no una verdadera facultad exorbitante del Estado en sus relaciones contractuales, frente a esto el Profesor David Suarez Tamayo señala:

(...) “El hecho de que la administración pueda imponer multas y declarar el incumplimiento, aun cuando se requiera de una audiencia previa, de manera unilateral y sin recurrir al juez del contrato, todo con el fin de dirigir y controlar los contratos que celebra, hace pensar que las multas y la declaratoria de incumplimiento, son una clausula exorbitante aun cuando se encuentre condicionada, pues cumple con los requisitos de fondo de la naturaleza de este tipo de cláusulas i) otorga un poder, un privilegio a favor de la entidad ii) se puede imponer unilateralmente mediante acto administrativo, iv) gozan del privilegio de la presunción de validez v) pueden ser cobradas por vía de jurisdicción coactiva, vii) proviene del mandato legal, no de convención entre las partes.

Si se acepta que dichas clausulas son exorbitantes, entonces, entonces habría que entender, en una interpretación estricta, restringida y limitada, que las mismas solo procederían de manera obligatoria en los 4 contratos que señala el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, serian optativas en los contratos de prestación de servicios y de suministro, y en los demás contratos estarían proscritos.

Se advierte, no obstante, que dicha interpretación seguramente no ser las más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, sino que probablemente se tendrá una interpretación amplia, en el sentido de que ambas clausulas, si bien pueden considerarse excepcionales, podrán estar presentes en todos los contratos que celebren las entidades estatales, por no estar comprendidas en la redacción inicial del

---

<sup>97</sup> Ya que la Ley 80 de 1993 no contemplaba de manera expresa, la posibilidad de que la administración, hiciera efectivas de manera unilateral dicha potestad.

artículo 14 de la Ley 80 de 1993; y dado que el legislador del año 2007, en el artículo 17 de la ley 1150 no señaló excepciones, ni limitaciones.” (...) <sup>98</sup>

Esta posición que adopta el profesor Suarez es bastante lógica, puesto que la potestad atribuida por el legislador en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, hace pensar en que se trata de una verdadera exorbitancia, ya que, aunque se siguen los lineamientos del derecho de audiencia, es importante pensar que las decisiones que allí se tomen las hace la entidad de manera unilateral, lo que implica llegar a la conclusión que el debido proceso que exige la norma raya apenas con lo formal.

Por otro lado, la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86, subsanó de manera parcial el vacío que existía referente a cómo debería ser el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento:

“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

- a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;
- b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el

---

<sup>98</sup> **Suarez Tamayo, David.** “cláusula de multas y penal pecuniarias”. Pág. 170. Librería jurídica Sánchez R. 2014.

contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”<sup>99</sup>

De la lectura de la disposición anterior se colige el siguiente análisis<sup>100</sup>:

- Aunque a primera vista la norma parece consagrar un procedimiento ágil y sencillo, lo cierto es que en razón de garantizarle el derecho al debido proceso al contratista, la entidad deberá permitir que este ejerza su derecho de contradicción a cabalidad, lo que implica que durante la audiencia se tendrán que practicar pruebas<sup>101</sup>, dar términos para sustentar recursos y resolver estos, que en definitiva significarán muchas veces la suspensión de la misma y por ende un procedimiento largo y complejo.

---

<sup>99</sup> **Artículo 86.** Ley 1474 de 2011. Congreso de la República.

<sup>100</sup> El siguiente análisis se realiza partir y con apoyo de lo expuesto por el profesor David Suarez en su libro “cláusula de multas y penal pecuniarias”. Págs.161-170

<sup>101</sup> Por ejemplo, testimonios, peritajes, oficios a otras entidades en solicitud de información, visitas de obra etc. Que implican la suspensión de la audiencia en los términos de la ley 1437 de 2011.

- A partir de lo anterior, se puede llegar a pensar que el contratista incumplido puede aprovecharse de lo dispuesto en el literal d)<sup>102</sup> para dilatar el procedimiento, y ponerse al día de sus obligaciones mientras se surten los trámites. O simplemente, sin hablar de mala fe del contratista, mientras se lleva a cabo las diligencias correspondientes el contratista incumplido podrá ponerse al día en sus obligaciones y hacer que posiblemente no opere la sanción.
- Como la norma no expresa términos ni plazos para la suspensión de las audiencias o sustentar recursos, La entidad deberá tener como punto de referencia la Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*.
- La entidad debe tener muy en cuenta las reglas referentes a las notificaciones, pues la norma exige que tanto contratista como el garante concurren en debida forma a la audiencia, para así evitar posibles vicios en el procedimiento.
- La entidad con la declaratoria de incumplimiento, podrá efectuar la cuantificación de los perjuicios derivados de tal, algo nuevo que no contemplaba el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y que fue objeto de revisión por la corte constitucional en la sentencia C-499 de 2015 donde se declaró exequible.
- Las entidades deben tener en cuenta que no todos los retrasos significan incumplimiento, por lo que deberán cerciorarse que se cumplan todos los presupuestos de este, antes de iniciar un procedimiento sancionatorio.

Tal como se mencionó anteriormente, el artículo 86 del estatuto, permite a entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, cuantificar los perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Esta expresión, contraviene lo que se venía

---

<sup>102</sup> . “En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento” Literal d). Artículo 86. Ley 1474 de 2011.

sosteniendo por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>103</sup>, en la cual solo el juez del contrato podría cuantificarlos y declararlos, por lo que desconocía dicha competencia o facultad, en cabeza de la administración. Sin embargo, la Corte Constitucional evaluó la constitucionalidad del enunciado “*cuantificando los perjuicios del mismo*,” en la Sentencia C-499 de 2015, pronunciamiento que vale la pena abordar de una forma breve, para entender cuál fue la postura del alto tribunal frente a este tema.

El actor aduce que darles competencia a las entidades estatales, para que mediante el procedimiento del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, cuantifiquen los perjuicios del incumplimiento contractual, vulnera los principios de igualdad, el derecho al debido proceso, el principio de buena fe, y el de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades. La Corte realiza una exposición detallada de cada principio y derecho que el accionante afirma vulnerado, para llegar a las siguientes conclusiones:

(...) **"Primer cargo: vulneración del preámbulo de la Constitución y del principio de igualdad de trato (art. 13 CP).** En el análisis de este cargo se estudió el margen de configuración del legislador en materia de contratación estatal, para destacar su amplitud, los principios constitucionales involucrados y señalar los tres criterios que ha fijado este tribunal para determinarlo; la igualdad como valor, principio y derecho; el juicio integrado de igualdad, sus etapas de análisis y las modalidades del test de igualdad. A partir de estos parámetros, se descendió al caso concreto (i) para señalar las particularidades del contrato estatal, en especial su finalidad y la existencia de potestades excepcionales, que implican una diferencia de trato entre las entidades estatales y los contratistas; (ii) para advertir que la diferencia de trato no puede justificarse simplemente en la peculiar personalidad del Estado o en el interés público, sino que debe revisarse por medio de un test de igualdad; (iii) para constatar que en este caso, en lo fáctico y en lo jurídico, hay una diferencia en el trato dado a las partes del contrato; (iv) para destacar que el test a aplicar debe ser leve, dada la amplitud del margen de configuración del legislador en esta materia y la inexistencia de categorías sospechosas o semi sospechosas de discriminación; y (v) para, al aplicar el juicio

---

<sup>103</sup> Por ejemplo, los Conceptos con radicado Nro. 1293 y 1748 de la Sala de consulta y del servicio civil.



integrado de igualdad y, dentro de él, el test leve de igualdad, verificar que los fines perseguidos por la norma demandada: luchar contra la corrupción y garantizar la protección efectiva del interés general, son legítimos; que el medio empleado para ello: cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, luego de haberse tramitado un proceso administrativo con su audiencia y con la práctica de pruebas, es también legítimo; y que el antedicho medio es adecuado para lograr tales fines.” (...) <sup>104</sup>

Se puede observar que la Corte sostiene que el hecho de que la entidad pueda cuantificar los perjuicios, no resulta inequitativo con el contratista, pues los fines perseguidos por la norma justifican dicho proceder, en la medida que se busca con dicha disposición, la protección del interés general y prevenir la corrupción en la contratación.

(...) **“Segundo cargo: vulneración del derecho a un debido proceso (art. 29 CP), del principio de buena fe (art. 83 CP) y del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades (art. 228 CP).** En el análisis de este cargo se estudió el derecho a un debido proceso, para destacar su aplicación en las actuaciones judiciales y administrativas, con las particularidades de cada una de ellas conforme a su finalidad; el principio de buena fe, para precisar su sentido y señalar que la presunción de buena fe admite prueba en contrario y que en algunos casos excepcionales es posible presumir la mala fe; y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, para poner de presente la función instrumental que tienen éstas respecto de aquél. A partir de estos parámetros, se descendió al caso concreto (i) para advertir que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato estatal debe hacerse por medio de una resolución motivada de la entidad estatal, luego haberse seguido un procedimiento administrativo, al cual el contratista y su garante son citados, pueden intervenir y tienen la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra; (ii) para indicar que ni la existencia de los perjuicios ni su cuantía se presumen, sino que resultan del ejercicio probatorio, que brinda los elementos empíricos necesarios para desvirtuar la presunción de buena fe; (iii) para constatar que, al fundarse en pruebas, la cuantificación de los perjuicios obedece a la realidad de la ejecución del contrato y, en modo alguno, comporta la prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial; y (iv) para destacar

---

<sup>104</sup> **Sentencia C-499 de 2015.** Corte constitucional de Colombia. MP: Mauricio González Cuervo

que el procedimiento administrativo en su trámite y, en especial, en cuanto atañe a la práctica, controversia y valoración de las pruebas, no desconoce el derecho a un debido proceso.”(...) <sup>105</sup>

La corte sostiene que la cuantificación anticipada de los perjuicios, debe realizarse mediante resolución motivada, precedida de un procedimiento administrativo, donde se le debe garantizar el derecho de contradicción al contratista, por lo que el principio de buena fe no se ve vulnerado en la medida que este admite prueba en contrario y por ende no se presume la mala fe. Además, destaca, que el contratista, al tener la posibilidad de practicar, controvertir y valorar las pruebas dentro del procedimiento, no se le estaría vulnerando el debido proceso.

Respecto a este tema, se realizó el análisis de algunos procesos contractuales publicados en el SECOP <sup>106</sup>, donde las entidades llevaron a cabo procedimientos de declaratoria de incumplimiento, y se encontró que las entidades se limitaron a hacer efectiva la cláusula penal de carácter compensatorio del contrato, y no realizaron ningún análisis respecto de los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, con el fin de evidenciar si la tasación anticipada de perjuicios que se hizo con esta cláusula, en verdad si representa una reparación integral a los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contratista.

Como reflexión final, se puede concluir que estos dos artículos les otorgaron a las entidades Estatales una gran prerrogativa en relación con sus contratistas, de lo que se espera que no lo utilicen con ánimo de ocultar problemas de planeación en la etapa precontractual y trasladarle la carga al contratista que incumplió por esta causa, algo que es, en principio, solamente imputable a la entidad contratante. Y así evitar investigaciones por parte de los entes de control.

---

<sup>105</sup> *Ibíd.*

<sup>106</sup> Proceso Número SA-SI-022 de 2014, Proceso Número 4133.0.32.004-2012 y Proceso Número Ip0082013.

## 2.5 Reforma a la figura del Anticipo.

Los escándalos de corrupción que salieron a la luz pública en los últimos 6 años, fueron en parte debido a la utilización indebida de los recursos derivados de los anticipos (tómese como ejemplo el Carrusel de la contratación en Bogotá), por esto el legislador por medio de la Ley 1474 de 2011, como medida para prevenir que estos recursos públicos se malversarán, estableció en su artículo 91, la obligación de constituir fiducia o patrimonio autónomo irrevocable para la administración de los recursos provenientes de los anticipos, por parte del contratista.

Esta obligación recae solamente sobre los contratos de obra pública, salud, concesión o los que se realicen por licitación pública, y se excluyen aquellos que sean de menor o mínima cuantía. A su vez, el contratista deberá asumir el costo de la comisión fiduciaria, por lo que los gastos de la misma no podrán ser asumidos con cargo a los recursos entregados para la constitución del patrimonio autónomo

Para realizar un debido análisis de la norma, considero necesario primero exponer de manera breve en que consiste el anticipo, para pasar a explicar el rol de la compañía fiduciaria y por ultimo verificar si con la constitución de la fiducia en realidad se ejerce un control efectivo a la destinación de los recursos del anticipo.

En palabras del profesor Luis Alonso Rico Puerta, *“el anticipo corresponde a la suma de dinero que la entidad estatal entrega al contratista con antelación a la iniciación de la ejecución de un contrato. Significa que la entidad entrega del erario una suma destinada a la iniciación de la ejecución de la obra, bien o servicio, dinero público que se transfiere al contratista a pasar de no haber iniciado el cumplimiento de sus prestaciones surgidas del contrato.”*<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup>Rico Puerta, Luis Alonso (2013). *Teoría general y práctica de la contratación Estatal*. Leyer. Pág. 894

Debido a que el artículo 40 de la ley 80 de 1993<sup>108</sup>, contempló la posibilidad de pactar la entrega de anticipos, pero no los definió, ha sido la doctrina y la jurisprudencia la encargada de subsanar este vacío, es así como el Consejo de Estado se ha manifestado al aclarar que:

(...) “Al respecto, es importante diferenciar el concepto de anticipo con el de pago anticipado. El anticipo es el primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el pago anticipado corresponde a la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución sucesiva.

Como los anticipos son dineros que se entregan antes de que surja la obligación de pagar una deuda, son ingresos recibidos por anticipado y, por tanto, solo se causan cuando se perciba la renta derivada de la operación o contrato. Por su parte, los pagos anticipados, satisfacen en una parte el pago de una obligación, por ello, cuando estos se realizan, ya existe el derecho de exigir su pago y, en ese sentido, se causa el ingreso para la compañía.” (...) <sup>109</sup>

Como el objeto de este capítulo no es entrar en discusiones teóricas frente a la definición de anticipo y pago anticipado, se entiende a partir de la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, que el anticipo es considerado como un recurso público, lo que quiere decir que el contratista le debe dar el tratamiento de tal<sup>110</sup>, y su indebida utilización puede llegar a causar hasta la declaratoria de caducidad del contrato.

Por otro lado, la norma contempló la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable con el fin de garantizar la debida destinación de los recursos del anticipo al objeto contractual, sin embargo, la norma se torna confusa en el sentido de que no especifica el tipo de negocio jurídico que se debe ejecutar por parte del contratista, si un contrato fiduciario o un encargo fiduciario. El

---

<sup>108</sup> (...) “PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.” (...)

<sup>109</sup> **Consejo de Estado. Expediente 18752.** Sentencia 23 de septiembre de 2013. C.P: Jorge Octavio Ramírez.

<sup>110</sup> Respetando principalmente los principios de la gestión fiscal.

decreto 1510 de 2013 *“Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”* en su artículo 35, aclaró la confusión en cuanto se especificó que el contrato de fiducia mercantil es el que debe constituir el contratista con el fin de crear el patrimonio autónomo conformado por los recursos provenientes del anticipo.

Posteriormente el Decreto reglamentario 1082 de 2015<sup>111</sup> *“por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”*, reproduce exactamente la misma norma, por lo que esta será en la actualidad, la referencia en el marco regulatorio del anticipo.

El contrato fiduciario consiste entonces en términos del artículo 1226 del código de comercio en *“un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.”*<sup>112</sup>

De lo anterior, se puede deducir que los recursos del anticipo son los bienes que se transfieren por la entidad Contratista a la entidad fiduciaria que tiene a cargo la administración del patrimonio autónomo conformado con estos recursos. Además, son partes del contrato según la *Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable* de Colombia Compra Eficiente las siguientes:

- a) **Fideicomitente:** es el contratista, quien encomienda la gestión y administración de los recursos entregados por la Entidad Estatal al patrimonio autónomo por concepto de anticipo en un contrato estatal. La Entidad Estatal gira los recursos, pero es el contratista quien constituye la fiducia condichos recursos.

---

<sup>111</sup> Se entiende que este decreto derogó el decreto 1510 de 2013 en su totalidad, sin embargo, su contenido material se mantiene en esta norma. Así lo afirma Iván Darío Gómez Lee en su obra *“El Derecho de la Contratación pública”*. Pág. XXV. 2015.

<sup>112</sup> **Decreto 410 de 1971.** República de Colombia.

- b) **Fiduciaria o sociedad fiduciaria:** son las sociedades fiduciarias autorizadas y vigiladas por la Superintendencia Financiera, las cuales pueden suscribir contratos de fiducia mercantil irrevocable.
- c) **Beneficiario:** es (i) El Fideicomitente, en cuyo nombre se realizan pagos a terceros y giros a su favor de los excedentes que resulten a la terminación del contrato de fiducia y, (ii) la Entidad Estatal en el evento en que la fiduciaria deba transferirle los remanentes de los recursos del patrimonio autónomo, cuando la Entidad Estatal comunica a la fiduciaria la terminación anticipada o unilateral, caducidad o nulidad del contrato estatal.” (...) <sup>113</sup>

A partir de lo anterior, se entiende que el contratista, aunque es el que constituye la fiducia, no es el que transfiere los recursos al patrimonio autónomo, es la Entidad contratante, además esta última es también beneficiaria, en caso de que opere la terminación unilateral, la caducidad o la nulidad absoluta del contrato.

La misma guía de Colombia Compra Eficiente<sup>114</sup>, consagra un listado de obligaciones que tiene la Entidad fiduciaria con relación a los recursos del anticipo, del análisis de estas obligaciones se destaca la de solo efectuar los pagos al contratista, en cuanto; a) estén contemplados en el plan de inversión consagrados previamente en el pliego de condiciones y b) hayan sido aprobados por el supervisor o interventor del contrato estatal.

A partir de lo anterior, es válido preguntarse ¿realmente el papel de ellos es verificar que los recursos entregados al contratista se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato? La respuesta es no, en cuanto este solo se limita a verificar que los recursos que se desembolsan estén aprobados por el interventor o supervisor y sean acordes al plan de inversión. No se puede pretender que la fiduciaria haga el mismo papel de interventor, pues para ello ya la entidad contratante tiene uno.

---

<sup>113</sup> **Colombia Compra Eficiente.** Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable. Pág. 04. 2014.

<sup>114</sup> Para observar la guía en línea visitar:

<http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140809fiduciaanticipospublicacion.pdf>  
\_.pdf

Se evidencia entonces, que la constitución de la fiducia para el manejo del anticipo puede no ser una herramienta efectiva para evitar que estos recursos se desvíen, ya que, aunque la entidad fiduciaria cumpla a cabalidad con sus obligaciones como administradora, no está dentro de sus facultades verificar que el contratista si invirtió estos recursos debidamente, esto es una obligación que le corresponde principalmente a la entidad por medio del interventor o supervisor.

Esta medida tomada por el estatuto anticorrupción simplemente tiene una eficacia simbólica, pues en palabras del profesor Mauricio García Villegas:

(...) “Los abogados suelen suponer que los objetivos normativos son claros, lo cual no siempre es cierto. A veces el objetivo perseguido por la norma puede ser percibido a través de su lectura, o del análisis de su proceso de creación. Aún en los casos en los que esto es posible, puede suceder que tal objetivo no sea claro, o su realización imposible. Hay que desconfiar de la posibilidad de deducir el objetivo de una Ley de los titulares que la encabezan o incluso de sus mismos considerandos. Se debe tener en cuenta que los objetivos pueden variar temporal y espacialmente; que no siempre están explícitos, que a veces incluso no existen, o que son inventados durante la implementación de la norma. Una estrategia utilizada por las instancias gubernamentales consiste en producir normas sin objetivos o cuyos objetivos no son claros desde el inicio, o que conducen a la realización de alternativas contradictorias.”  
(...) <sup>115</sup>

Se habla de eficacia simbólica puesto que la norma a través de un análisis completo, no cumple los objetivos para los cuales fue promulgada, que como se expuso en los capítulos preliminares, es evitar que los recursos se empleen inadecuadamente principalmente mediante tácticas corruptas por parte de los sujetos que intervienen en su manejo, ya que al fin y al cabo la naturaleza jurídica de la fiducia no constituye una garantía para que estos recursos no se pierdan. Por lo tanto, su finalidad fue simplemente el objetivo político del Gobierno de darle frente a una situación caótica

---

<sup>115</sup> **García Villegas, Mauricio.** “*La eficacia simbólica del derecho*”. 2da ed. Bogotá: Debate. 2015. Pág. 97

que se venía presentando con estos recursos, a lo cual el ciudadano pedía soluciones, solución que materialmente no es técnicamente adecuada.

Además, la figura de la fiducia presenta más inconvenientes que verdaderas soluciones, dado que su utilización incrementa de antemano los costos de transacción<sup>116</sup> y los trámites administrativos se vuelven más extensos y engorrosos. Esto en definitiva, va en contravía del principio de eficiencia, economía, celeridad etc. Y representan un mayor costo que un beneficio real para la administración.

Al parecer los únicos beneficiados con esto son las compañías fiduciarias, que con la promulgación de esta norma encontraron mayores ingresos a partir de sus comisiones, sin embargo, vale recalcar que están administrando recursos públicos y están sujetos a la inspección y vigilancia de los entes de control como lo establece el parágrafo del artículo 91 del Estatuto anticorrupción, por lo que se puede llegar a pensar, que a pesar de constatar una gestión adecuada por parte de la fiduciaria, en el momento de que se haga una indebida destinación de los anticipos por parte del contratista, el juez administrativo podrá predicar cierta responsabilidad de la fiduciaria, pues la Ley contempla este negocio jurídico como una garantía.

## **2.6 Procedimiento de mínima cuantía.**

El artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, dispuso en virtud del principio de transparencia, el procedimiento para la contratación de mínima cuantía, la cual es, independientemente del objeto, toda contratación que no exceda el 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad, con base a su presupuesto anual. Según el literal b) del artículo 2 se determina de la siguiente manera:

Presupuesto anual de la Entidad Estatal (SMLMV)	Menor cuantía (SMLMV)	Mínima cuantía (SMLMV)

---

<sup>116</sup> El costo de la comisión fiduciaria en la realidad no lo termina pagando el contratista, dado que estos costos en la práctica se cargan al valor total del contrato o al AIU, donde en definitiva la entidad estatal es la encargada de hacer la erogación.



Igual o mayor a 1.200.000	1.000	<b>100</b>
Entre 850.000 y 1.200.000	850	<b>85</b>
Entre 400.000 y 850.000	650	<b>65</b>
Entre 120.000 y 400.000	450	<b>45</b>
Menos de 120.000	280	<b>28</b>

La contratación de mínima cuantía, es una modalidad diferente a la causal de contratación directa, para participar, el oferente no está obligado a estar inscrito en el RUP, en los contratos de obra pública, no se exige capacidad residual, el contrato se perfecciona con la aceptación de la oferta que contemple el menor valor y las Entidades siempre y cuando lo consideren necesario (cuando el objeto y la forma de pago lo ameriten), tendrán la facultad (mas no obligación) de exigir experiencia, garantías y capacidad financiera.

El procedimiento que establece el Estatuto es el siguiente:

- (...) “a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;
- b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;
- c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;
- d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal”. (...) <sup>117</sup>

---

<sup>117</sup> **Artículo 94. Ley 1474 de 2011.** Congreso de la Republica.

Así como el Decreto 1082 de 2015 en sus artículos 2.2.1.2.1.5.1. y 2.2.1.2.1.5.2. regula las particularidades de este procedimiento, de lo cual se destaca:

- Como primera medida, a la entidad le corresponderá realizar estudios previos, que obligatoriamente deberán contener; 1. Descripción de la necesidad a satisfacer, 2. Descripción del objeto a contratar identificado en el cuarto nivel del clasificador de bienes y servicios, 3. Condiciones técnicas obligatorias, 4. Valor del contrato y justificación, 4. Certificado de disponibilidad presupuestal, 5. plazo para la ejecución del contrato y 6.
- La invitación deberá contener la información que resulte de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2.2.1.2.1.5.1 (Estudios previos), así mismo, la forma en que deberán acreditar los participantes; capacidad jurídica, experiencia (si la entidad la exige) y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas.
- Si se exige capacidad financiera, se deberá indicar la forma en que esta se verificará.
- El término de la invitación será como mínimo de 1 día hábil y si los participantes realizan observaciones, estas serán contestadas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.
- Se escoge el menor precio siempre y cuando este cumpla con las condiciones de la invitación, sino cumple la oferta con el menor precio, se escogerá la segunda y así sucesivamente.
- El informe de evaluación se publicará por un día hábil.
- Una vez aceptada la oferta de menor precio, se deberá indicar en esta el nombre del supervisor del contrato. En caso de empate se escoge la primera oferta presentada en el tiempo.
- Para garantizar la libre concurrencia, la Entidad está obligada a publicar dentro de los 3 días hábiles a su expedición, la invitación o aviso de convocatoria.

A partir de lo expuesto, se puede decir que es un procedimiento en principio ágil<sup>118</sup>, no obstante, es pertinente hacerse varias preguntas respecto a este tema, por ejemplo; ¿qué pasa cuando hay concurrencias entre las modalidades de selección? ¿Cómo se debe proceder cuando se trata de modalidades de contratación donde el factor de escogencia no es el precio? ¿Es el menor precio la oferta más favorable para la entidad?

A la primera pregunta Colombia Compra Eficiente en el “*manual de la modalidad de selección de mínima cuantía*”<sup>119</sup>, establece que para solucionar estas situaciones se debe atender a los principios consagrados en la Ley 80 de 1993, en especial los de transparencia, economía y responsabilidad, así como lo referente al conflicto de normas de la misma jerarquía establecidos en La Ley la jurisprudencia.

El manual hace referencia en primera medida a la concurrencia entre la mínima cuantía y contratación directa, los cuales confluyen en el caso de que el valor del contrato sea de mínima cuantía en relación con el presupuesto de la entidad y existe una causal de contratación directa en los términos del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En este Caso Colombia Compra Eficiente afirma que, en virtud del principio de economía, se debe optar por la Contratación directa, dado que esta supone un proceso más ágil, con austeridad del tiempo, medios y gasto.

En segundo lugar, se habla de cuando hay concurrencia entre selección abreviada por Acuerdo marco de precios y mínima cuantía, esta tendrá cabida cuando el bien o servicio de características técnicas uniforme objeto de contratación tiene un acuerdo marco de precios vigente y la entidad se encuentra obligada a adquirirlos, y el valor del contrato es de mínima cuantía. Colombia compra eficiente recomienda en virtud del principio de economía, optar por la modalidad de Acuerdo marco de

---

<sup>118</sup> Se observaron varios procesos de contratación de mínima cuantía en el SECOP y se llegó a la conclusión de que generalmente desde la invitación hasta aceptación de la oferta, transcurre poco tiempo.

<sup>119</sup> Para observar en línea visitar:

[http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce\\_manual\\_minima\\_cuantia\\_web\\_03\\_0.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_minima_cuantia_web_03_0.pdf)

precios, en cuanto esté es el producto de una licitación pública en donde se busca generar economías de escala.

No obstante lo anterior, es factible que en ocasiones estos acuerdos marco no representen la realidad del mercado donde se encuentra ubicada la Entidad, por ejemplo; según el catalogo que reposa en la Pagina virtual de Colombia Compra eficiente, existe un Acuerdo marco para la adquisición de blindaje para vehículos en donde se puede conseguir hasta el 29 por ciento de descuento, mi pregunta es: que pasa si este proveedor está ubicado en Medellín y en Bogotá hay otro con las mismas o mejores condiciones (precio, capacidad técnica, experiencia etc.) que ofrece el mismo bien o servicio, ¿tiene que por ejemplo el departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica adquirir lo que está en el Acuerdo Marco? En este caso no se estaría respetando el principio de economía, ya que solo la distancia incrementaría seguramente, los costos de transacción.

Por último y más interesante, es el caso en el que concurren el concurso de méritos y mínima cuantía, de igual forma confluyen cuando el valor de la consultoría es igual o menor a la mínima cuantía de la entidad. La solución de Colombia compra eficiente es que, en virtud del principio de economía, es recomendable que se opte por el procedimiento de selección de mínima cuantía, en el sentido de que este proceso permite tener mayor celeridad en el proceso contractual.

A pesar de que parece lógica la respuesta de Colombia Compra Eficiente, no es del todo acertada, puesto que pasó por alto que el numeral 4. Del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dispone:

(...) “En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

**En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.” (...)**

Por esta razón no se entiende por qué se realizó dicho análisis, si el factor de escogencia en la mínima cuantía es el precio. Esto lleva al funcionario a cometer irregularidades en el proceso de contratación, como por ejemplo en el **proceso de contratación Número 0009010926<sup>120</sup> del Municipio de Medellín** el cual tiene como por objeto *contratar “CONSULTORIA PARA LA ELABORACION DE LOS ESTUDIOS GEOLOGICOS, GEOMORFOLOGICOS, HIDRAULICOS, HIDROLOGICOS, GEOTECNICOS...”*, se está realizando bajo los parámetros del procedimiento de mínima cuantía, lo cual jurídicamente no es posible, en cuanto el factor de escogencia es el menor precio, lo que la norma expresamente prohíbe. (con esto se responde el segundo cuestionamiento)

Frente al último cuestionamiento, se observa con preocupación, las consecuencias sobrevinientes de consagrar el precio como como único factor de selección. En principio la norma busca garantizar la selección objetiva del contratista (nada más objetivo que un precio determinado por las reglas de la oferta y la demanda), sin embargo, es cuestionable si esta regla permitirá a las pequeñas y medianas empresas competir con los precios de las grandes compañías, garantizará la transparencia en el proceso contractual y no se sacrificará la calidad del bien o servicio por obtener precios bajos en su adquisición. El profesor Iván Alirio Ramírez Rusinque, se refiere a este tema de la siguiente manera:

(...) “Si bien es cierto que la ley solo consagró el factor precio como único factor de escogencia del contratista en la selección abreviada de bienes y servicios de condiciones de características técnicas uniformes y de común utilización y en la selección de mínima cuantía, la praxis de las entidades estatales ha demostrado que en los procedimientos de licitación pública y de la selección abreviada de menor cuantía el menor precio ha sido el determinante para la adjudicación. Ello obedece a la falta de empeño de los operadores jurídicos por establecer criterios objetivos de evaluación ajenos al precio, como podría determinarse en estos procedimientos y a la política pública que se ha construido sobre el fundamento que el menor precio resulta lo más eficaz para la administración pública y ajeno a cualquier índole de corrupción.

---

<sup>120</sup> Es posible verificar en el SECOP con el número de proceso de contratación.

Por ejemplo, la licitación pública de la ruta del sol, proceso al cual se le adjudicó al contratista la ejecución de la denominada Ruta del sol, una de las obras de infraestructura vial más importantes del país, en la cual el pliego de condiciones le otorgaba 800 puntos, de 1.000 posibles, al menor precio ofrecido (Bermúdez, 2009). No es admisible que siendo una de las obras de infraestructura más importantes del país y tratándose no de simples bienes y servicios sino de obras viales, se propugne por el menor precio como factor de adjudicación, desconociendo la realidad de este tipo de obras frente a la estabilidad de las mismas, la calidad de los bienes a utilizar y la garantía de los productos a entregar. Sin lugar a dudas, medidas de corto plazo como es economizar recursos, bajo el lema de eficiencia, que hacen que sea más costosa la contratación estatal a costa de una real efectiva materialización de la eficacia desde el punto jurídico, como consecución de los fines de la contratación, enmarcada con grandes rubros de estabilidad, garantía y calidad de las necesidades del Estado.” (...) <sup>121</sup>

Aunque cuando se trata del procedimiento de mínima cuantía aparentemente no son recursos SIGNIFICATIVOS, piénsense que por lo menos, en las Entidades de presupuesto mayor a 1.200.000 SMLMV, son más de 68 millones de pesos en recursos públicos, que podrán, en cierta medida destinarse a bienes y servicios de mala calidad o simplemente destinados a contratos que en definitiva no fueron sujetos a ninguna puja, si no que fueron sujetos a acuerdos previos entre los oferentes. Sobre este tema volveremos más adelante.

Por último, el parágrafo 1º del artículo 94, establece que la posibilidad de que las entidades, por medio de este procedimiento, puedan adquirir bienes y servicios en establecimientos que correspondan a la definición de gran almacén. Esta posibilidad se encuentra reglamentada en por el artículo 2.2.1.2.1.5.3 del decreto 1082 de 2015, de lo cual se destaca que la entidad deberá convocar por lo menos a dos grandes superficies y la invitación debe contener los presupuestos de que trata el numeral 1 del artículo en cuestión. De resto, se siguen reglas similares al procedimiento general.

---

<sup>121</sup> **Ramírez Rusinque, Iván Alirio (2014).** “Menor valor: ¿oferta más favorable?”, en Revista Digital de Derecho Administrativo n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 211-253.

## **2.7 Contratos Interadministrativos.**

El contrato interadministrativo es el negocio jurídico por medio del cual dos entidades públicas con capacidad contractual contraen obligaciones con diversidad de intereses. Los contratos interadministrativos son causal de contratación directa según el numeral 4, literal c, artículo 2 de la ley 1150 de 2007, el cual fue modificado por los artículos 92 y 95 del Estatuto anticorrupción:

(...)” Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo. (...)

(...) En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.” (...) (artículo 95 Ley 1474 de 2011)

Las modificaciones introducidas por el Estatuto establecieron nuevas restricciones para la celebración de esta clase de contratos, a pesar de que con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se había derogado el literal c), numeral 1), del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el cual solo estipulaba como excepción, el contrato de seguro para la celebración de contratos interadministrativos, como causal de contratación directa.

En primer lugar, la norma establece que las obligaciones derivadas del contrato, tendrán que tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora<sup>122</sup>, dado que lo que se venía presentando, es que entidades que no tenían relación con el objeto a contratar, ejecutaban el contrato, pero por medio de la subcontratación, ya que estas en su mayoría estaban cobijadas por regímenes especiales que contrataban bajo los parámetros del derecho privado, lo que les permitía prácticamente escoger a “dedo” el contratista, violando así, los principios de la función pública, contratación Estatal y gestión fiscal.

Por otro lado, se establece la prohibición de celebrar por medio de esta modalidad, a los contratos de obra, fiducia publica o encargo fiduciario, suministro y de prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, siempre y cuando las entidades ejecutoras sean federaciones de entidades territoriales, instituciones de educación superior públicas, personas jurídicas sin ánimo de lucro cuya conformación sea producto de la asociación de entidades públicas y sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado. Por lo tanto, si las entidades anteriormente descritas suscriben los contratos en cuestión, deberán hacerlo bajo los parámetros de los procesos de selección de licitación pública o selección abreviada según sea el caso.<sup>123</sup>

El artículo 95 de la ley 1474 de 2011, por su parte dispuso que en los casos en que la entidad ejecutora posea un régimen exceptuado o especial de contratación, el régimen aplicable para la ejecución de esos contratos será la ley 80 de 1993, excepto si la entidad desarrolla su actividad en competencia con el sector privado o el objeto del contrato interadministrativo tenga relación directa con la actividad que desarrolla. Frente a al alcance de esta norma respecto a las entidades sometidas a

---

<sup>122</sup> No obstante, esta restricción ya la presentaba la ley 1150 de 2007, por lo que no es considerada una verdadera novedad.

<sup>123</sup> En este caso la norma amplía la prohibición a los contratos de prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, e incluye a las entidades ya mencionadas, excepto a las de educación superior, que ya estaban previstas en la Ley 1150 de 2007.



la Ley 30 de 1992 (Régimen contractual de las universidades Estatales), la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, expresó lo siguiente:

(...) “En este orden de ideas, no resulta equivocado señalar que cuando las universidades públicas actúan como contratistas de otras entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación Pública, estarán sujetas, sin que ello afecte su autonomía, a las reglas y restricciones que dicho estatuto contenga para ese tipo de situaciones.

En estos casos, los límites establecidos por el legislador deben ser analizados desde la perspectiva de la entidad estatal contratante -que está obligada a observar en sus contratos los principios y reglas establecidos en el Estatuto General de Contratación Pública-, y no tanto desde la perspectiva de quienes voluntariamente actúan como contratistas del Estado, ya sean estos particulares o incluso otras entidades públicas sujetas a regímenes de derecho privado como es el caso de las universidades.

Cuando se presenta esta situación, la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública a la relación jurídica que surge con la celebración del contrato no se dará porque haya un cambio en el régimen jurídico del contratista, sino por el hecho mismo de que el ente público contratante, en sus contratos, está regido por dicho estatuto.

Con estas precisiones puede decirse entonces que las universidades públicas serán libres para contratar o no con aquellas otras entidades estatales regidas por la Ley 80 de 1993, pero que, si lo hacen, quedarán sometidas, en lo pertinente, a lo que dispone dicho estatuto contractual y demás normas concordantes, para las relaciones jurídicas que nacen en esos eventos.” (...) <sup>124</sup>

Como se evidencia, el Consejo de Estado aduce que por el hecho de que la entidad contratante este sometida al Estatuto General de Contratación, hace que la ejecución del contrato interadministrativo esté sometido a los principios y reglas de dicho Estatuto, en este sentido, entiende que el régimen contractual de la entidad ejecutora no cambia, sino que las condiciones de ejecución de dicho contrato deben

---

<sup>124</sup> **Consejo de Estado.** Consulta de 2012 con Radicado número 11001-03-06-000-2012-00016-00(2092). C.P. William Zambrano Cetina.

seguir los parámetros del régimen de contratación de la Entidad contratante, que en este caso es la Ley 80 de 1993.

Como se expresó anteriormente, los contratos interadministrativos se venían utilizando como un método para evadir los procedimientos de selección objetiva, es así como, por ejemplo, universidades estatales ejecutaban obras de gran valor por medio de la subcontratación, la cual realizaban según las normas del derecho privado, que implicaban la selección de un contratista, que, en primera instancia, no era escogido con base a procedimientos de selección adecuados, y en segunda instancia, no se garantiza que tales contratistas cumpla con las condiciones técnicas y presupuestales, que en un proceso de selección regido por ley 80, se exigen.

Para concluir, los artículos 92 y 95 del estatuto, siguen el mismo propósito que la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007, la cual fue establecer límites a la aplicación de esta figura, debido a las irregularidades que se venían presentando en los procesos contractuales de las entidades, no obstante, en nuestra opinión personal, si se siguen los principios de la función pública, contratación Estatal y gestión fiscal, es posible predicar por lo menos responsabilidad disciplinaria y fiscal, si dichas modificaciones no se hubieran presentado, y los contratos interadministrativos se utilizaran para evadir procesos de selección objetiva.

## **2.8. Modificaciones a la fase de planeación del contrato estatal.**

Aunque en próximo capítulo abordaremos el principio de planeación, es pertinente mencionar que el Estatuto anticorrupción contempla reglas relativas a este principio en sus artículos 77, 83 y 87. A continuación expondré los cambios que se introdujeron respectivamente.

El artículo 77 en virtud del principio de transparencia, publicidad y planeación, dispone que todas las entidades del orden nacional, departamental, municipal y distrital, deberán publicar en sus páginas web todos los proyectos de inversión, ordenados según la fecha de inscripción en sus respectivos bancos de programas

y proyectos de inversión. Quedan exentas de esta obligación las empresas industriales y comerciales del Estado.<sup>125</sup>

En segundo lugar, el artículo 83 en su párrafo 1º, establece el deber por parte de las entidades contratantes, de pronunciarse en los estudios previos, sobre la necesidad de contratar interventoría, en caso de que los contratos superen la menor cuantía, independientemente de la modalidad de selección.

Asimismo, el artículo 87 modifica el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone la obligación por parte de la entidad contratante, de elaborar los estudios, diseños y proyectos necesarios, y pliego de condiciones según sea el caso, previo a la apertura del proceso de selección o la suscripción del contrato (en caso de contratación directa). Además, en su segundo inciso establece que en la medida que el objeto del contrato sea la ejecución de una obra, se deberán aportar estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental<sup>126</sup>. Esta obligación adicional deberá ser cumplida con antelación a la apertura del proceso o la firma del contrato, según sea el caso.

Los párrafos 1º y 2º del artículo 87, fueron derogados por la Ley 1682 de 2013, *“por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”*, no obstante, estos contenían reglas relativas a los procesos de expropiación para los proyectos de infraestructura de transporte.

La planeación es un aspecto muy relevante en la contratación pública, el problema fundamental se arraiga en que, aunque los operadores jurídicos en su mayoría procuran cumplir con los procedimientos preliminares a la ejecución de los contratos, se tiene que entender que las etapas posteriores también requieren una debida planeación, ya que más allá del cumplimiento de las formalidades, hay una

---

<sup>125</sup> En la exposición de motivos, no se expresa por qué las EICOS quedan exentas esta obligación, pero se intuye que se debe a que ellas al estar en competencia con el sector privado, no es conveniente para su actividad comercial que publiquen sus proyectos anticipadamente.

<sup>126</sup> **Artículo 87.** Ley 1474 de 2011.

necesidad que se busca satisfacer por medio de la utilización de recursos públicos y que contemplan aspectos materiales más que formales, por lo tanto, los proyectos de las entidades, deben estar adecuados a su realidad (presupuesto, capacidad operativa, viabilidad del proyecto etc.). a propósito de lo anterior la profesora Iriana Aponte Díaz, afirma lo siguiente:

(...) “Desde el enfoque jurídico, la planeación es un asunto en apariencia preliminar a la contratación de obras públicas, pero la práctica demuestra que también es un asunto preliminar, entre los estudios previos que plantean los términos de referencia del contrato en su dimensión objetiva y el modo fáctico correspondiente al cumplimiento contractual, que va paralelo al desarrollo y entrega a satisfacción de las obras contratadas. Esto incluye una dimensión posliminar respecto a la obra pública terminada, pues la garantía, su durabilidad en condiciones de funcionamiento adecuado, sostenibilidad económica e incluso para minimizar lo que el desarrollo industrial de la obra pública genera como impacto ambiental y social, son aspectos que se deben contemplar en el correcto empleo de los recursos públicos.” (...)

(...) “La planeación del contrato de obra va más allá del cumplimiento de los procedimientos legales para la celebración del contrato, ya que es necesario entender que la contratación pública tiene una finalidad material y social superior, que excede las fórmulas contractuales jurídicamente establecidas, porque implica considerar que las obras contratadas sean las que se requieren en atención a unos planes de desarrollo vigentes, considerando su prioridad, que existan los recursos para su plena ejecución y que no se inicien obras que no se puedan concluir; que se pague lo justo, de acuerdo al mercado; que se cuente con los estudios previos necesarios; que se realicen dentro de términos racionalmente económicos de tiempo, uso y compromiso de las finanzas públicas y que, además, se entreguen al servicio, garantizando su funcionalidad por un tiempo técnicamente establecido, contemplando su sostenibilidad y continuidad, con sentido de responsabilidad social, aprovechando debidamente los recursos del erario público.”(...) <sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> **Aponte Díaz, Iriana (2014).** "Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra", en Revista Digital de Derecho Administrativo n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pp. 177-207.

Aponte Díaz hace énfasis en su texto a los contratos de obra, debido a que, según su estudio, aunque en su mayor parte se cumplen los requisitos mínimos legales en la etapa precontractual, algunas obras no llegaron a feliz término o su realización no tuvo en cuenta los requerimientos técnicos, financieros, sociales y ecológicos para su sostenibilidad<sup>128</sup>. Un ejemplo reciente es la refinería de Cartagena “Reficar”, que en la ejecución de su “mega proyecto de expansión”, que pretende entre otras cosas el aumento en su producción y la modernización de la planta, se han incurrido en unos sobre costos de más de 3.900 millones de dólares, el gobierno nacional y directivos de Ecopetrol han aceptado que hubo fallas en la planeación y contingencias que se enmarcaron en estos sobre costos, sin embargo, hay que esperar los pronunciamientos de fondo de los entes de control, por ahora no se sabe exactamente qué pasó con esos recursos. Vale recordar que, aunque Ecopetrol es una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, posee un régimen especial<sup>129</sup>, en donde sus actuaciones se rigen por derecho privado, no obstante, estas actuaciones deben respetar los principios de la función pública, contratación estatal y gestión fiscal, pues hay participación mayoritaria del Estado y por ende recursos públicos.

Por último, cabe resaltar que la redacción original de la ley 80, frente a la modificación de la Ley 1474 de 2011 a su artículo 25, numeral 12<sup>130</sup>, contemplaba también de manera general las obligaciones contenidas en la reforma, sin embargo, la norma hace referencia exacta a la contratación directa y para la celebración de contratos de obra, se deben realizar los estudios adicionales ya mencionados.

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*

<sup>129</sup> **LEY 1118 DE 2006** “Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones”. **Congreso de la republica**

<sup>130</sup> “Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes. “Numeral **12. Artículo 25. Ley 80 de 1993.**

## **2.9 Régimen contractual de las Empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado.**

El artículo 93 del Estatuto anticorrupción, modificó el contenido del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, en este se expresa que el régimen contractual de las entidades mencionadas, con participación superior al 50 % del Estado, estarán sujetas las normas del Estatuto general de contratación pública, no obstante, si desarrollan su actividad comercial en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, se sujetaran a las reglas del derecho privado, relacionadas con su actividad económica y comercial. Sin embargo, se deberán regir bajo los parámetros de los principios de la función pública, contratación estatal y gestión fiscal.

La norma, aunque casi en su totalidad presenta el mismo texto que el original de la Ley 1150 de 2007, exhibe un cambio sustancial como lo veremos a continuación:

(...)Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en ~~mercados monopolísticos o~~ mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

~~El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2o de la presente ley".(...)~~

Como se observa, las empresas que ejercen su actividad en mercados monopolísticos quedan excluidas de la salvedad, que en términos del artículo 336

de la Constitución Política son las del monopolio rentístico de licores y las de juegos de suerte y azar, por lo que su régimen contractual será el Estatuto general Contratación pública, en los términos del literal g) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es decir, deberán seguir los parámetros de la Selección abreviada.

Y es que lo que parece ser una excepción, en la realidad es regla general, pues es difícil establecer qué clase de contratos no están relacionados directamente con su actividad comercial, pues todas las actuaciones de la entidad, al fin y al cabo, estarán destinadas a satisfacer las necesidades de su haber comercial.

En parte parece positivo la exclusión de las empresas en mercados monopolísticos, pues estas ejecutan presupuestos compuestos por recursos realmente significantes, que deben, en nuestro concepto, seguir parámetros reglados, como los establecidos en la ley 80 y 1150 y sus decretos reglamentarios.

## **2.10. Otros aspectos relevantes.**

Para terminar este capítulo, es importante señalar que el artículo 89 del Estatuto, modificó el inciso 2º del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, referente a la expedición de adendas dentro del plazo de la licitación pública<sup>131</sup>, en el cual dispuso que, en el caso de considerarse necesario (o a solicitud de un numero plural de oferentes), la entidad contratante podrá expedir adendas para la ampliación del plazo de la licitación, por un término no superior a la mitad del inicialmente expresado en el pliego de condiciones. No obstante, dentro de los tres días hábiles anteriores al cierre del proceso, no se podrán expedir adendas de ninguna clase. Además, las publicaciones de estas adendas solo serán válidas, si se realizan en horarios laborales y en días hábiles.

El decreto 1082 de 2015 reglamenta la materia en su artículo 2.2.1.2.2.1, y referente al horario en que se pueden publicar adendas, señala que la entidad solo podrá

---

<sup>131</sup> “entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre.” **inciso 1º del numeral 5º de la Ley 80 de 1993.**

publicarlas entre las 7.00 AM y 7. 00 PM, por lo tanto, las que se publiquen fuera de este horario, pero en día hábil, estarán viciadas de nulidad.

La expedición de esta norma busca garantizar principalmente la libre concurrencia y la igualdad entre los oferentes, visto que, se venían presentando irregularidades dentro de los procesos licitatorios, con prácticas de los servidores públicos que pretendían cambiar las reglas de juego a ultima hora y eventualmente favorecer a oferentes de su “agrado” con información privilegiada. Un ejemplo es el caso hipotético en que un funcionario expida una adenda modificando el pliego de condiciones un domingo a las 11.30 pm, cuando el cierre del proceso está programado para el lunes siguiente a las 9 de la mañana, en este caso los oferentes que, por lógica, no estén enterados de dicho acto, no podrán cumplir con las nuevas condiciones interpuestas en el pliego, mientras que el oferente beneficiado por información privilegiada suministrada por el funcionario, estará al día con las modificaciones introducidas al pliego de condiciones.

Es entonces plausible que se impusieran límites a la expedición de esta clase de actos, dado que, a primera vista, el texto original de la ley 80 de 1993<sup>132</sup>, no los contemplaba. Sin perjuicio de lo contemplado en los reglamentos anteriores de la expedición del decreto 1082 de 2015.

También, el artículo 88 del Estatuto anticorrupción establece reglas relativas a los criterios de selección de los contratistas, en relación con la oferta más favorable para la entidad:

(...) “La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los

---

<sup>132</sup> “Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.” **Texto original del inciso 2º del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.**



contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.” (...) <sup>133</sup>

De la norma se destaca principalmente lo siguiente:

- Para determinar la oferta más favorable, se tendrá como punto de partida los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación detallada de estos, expresada en los pliegos de condiciones o similares.
- En el contrato de obra, el plazo ofrecido no será bajo ninguna circunstancia, criterio de evaluación.
- En los procesos de selección donde los factores técnicos y económicos sean criterios de selección, la oferta más favorable será el resultado de la aplicación de las siguientes opciones: 1) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones o 2) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad. <sup>134</sup>

Es importante precisar, que cuando se trate de procesos de mínima cuantía y selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, el factor de selección será el precio, para las demás

---

<sup>133</sup> **Artículo 88. Ley 1474 de 2011.** Congreso de la Republica

<sup>134</sup> *Ibíd.*

modalidades serán los factores técnicos y económicos. No obstante, lo que se ha venido presentando, es que, en modalidades de selección como la licitación pública, el precio está jugando un papel fundamental y casi definitivo en los factores de evaluación de la oferta para determinar la más favorable, por ejemplo, en el proceso de licitación pública Número LP 013 DE 2013 (ya liquidado), del Área Metropolitana del valle de aburra para la “*construcción del proyecto urbanístico paseo urbano carrera 50 caldas*”, por un valor de 2,922,347,879 millones de pesos , se determinó como mayor puntaje 1000 puntos, donde: 1. Factor económico. Valor de la oferta económica 700 puntos. 2. Factor de calidad. Cumplimiento de los contratos 200 puntos. Apoyo a la industria nacional 100 puntos.

De lo anterior se puede concluir que el valor de la oferta económica (700 puntos /1000) en esta licitación fue prácticamente el factor de selección de la oferta más favorable. Lo que puede traer consigo problemas como propuestas artificialmente bajas, acuerdos previos entre los contratistas para la ausencia de puja y, adiciones al contrato por “desequilibrio económico” etc.

Del mismo modo, el artículo en cuestión adicionó un párrafo 6º al artículo 2 de la ley 1150 de 2007, en el que le otorga la potestad a Gobierno nacional, de establecer procedimientos disimiles al interior de las diferentes causales de la selección abreviada y concurso de méritos, con el propósito de que se adecuen a las particularidades del objeto a contratar.<sup>135</sup>

Para terminar este capítulo, es necesario precisar que los procesos de contratación que se encontraban en curso al momento de la expedición de la Ley 1474 de 2011, seguirán rigiéndose por las normas que regulaban la materia en el momento de su apertura, por ende, las inhabilidades e incompatibilidades que pudieran tener lugar con expedición de esta norma, no tendrán efecto.

---

<sup>135</sup> El decreto 1082 de 2015, en sus artículos 2.2.1.2.1.2.1. y siguientes, reglamenta procedimientos diferentes para las diversas causales de selección abreviada, así mismo lo hace para el concurso de méritos en sus artículos 2.2.1.2.1.3.1 y siguientes.

### 3. CAPITULO TERCERO

#### **Los principios de la Contratación Estatal como las medidas preexistentes a la expedición de la Ley 1474 de 2011 para propender por la moralidad y transparencia en la contratación Pública.**

Los principios de la Contratación Estatal constituyen una herramienta esencial para combatir la corrupción en este ámbito, tanto así que el desconocimiento o vulneración de ellos puede derivar en responsabilidades de tipo disciplinario<sup>136</sup>, Fiscal<sup>137</sup> y penal<sup>138</sup>. La Ley 80 de 1993, consagró expresa e implícitamente una serie de principios aplicables a la actividad contractual, los cuales se deben articular con los principios constitucionales y legales de la función administrativa, gestión fiscal, principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo,<sup>139</sup> para así tener un marco general de los principios que gobiernan la contratación pública en Colombia.

El profesor David Suarez Tamayo en su obra *fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la contratación estatal en Colombia* reconoce un total de 21 principios fundamentales de la contratación estatal: “*legalidad, igualdad, libre concurrencia, buena fe, imparcialidad, economía, celeridad, eficacia, publicidad, moralidad administrativa, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, libertad de empresa, debido proceso, planeación y presupuestación, contradicción, prevalencia del interés general, participación y control ciudadano, equidad y valoración de costos ambientales.*”<sup>140</sup>. no obstante, para efectos del presente Estudio, abordaremos los principios de Transparencia, economía,

---

<sup>136</sup> Numeral 31. Artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Artículo 62. Ley 80 de 1993.

<sup>137</sup> Artículo 26, 62 y 65 Ley 80 de 1993. Ley 610 de 2000.

<sup>138</sup> En cuanto la inobservancia de estos principios puede derivar en conductas tipificadas como delitos en el ordenamiento.

<sup>139</sup> **Rodríguez, Libardo (1999).** *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá. Editorial Temis. Pág. 327.

<sup>140</sup> **Suarez Tamayo, David.** *Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la contratación estatal en Colombia*. Pág. 25

responsabilidad, Planeación, de selección objetiva y el de equilibrio económico de la ecuación contractual, que tienen consagración legal en la Ley 80 y 1150, y a nuestro sentir, consagran presupuestos suficientes para ejercer un contrapeso adecuado a las conductas corruptas que impiden que la finalidad de la contratación se cumpla, que en definitiva es, la satisfacción del interés general.

A continuación, de manera breve y general, abordaremos cada principio anteriormente mencionado, solo con el propósito de demostrar que estos constituyen una herramienta eficaz contra la corrupción en la contratación, y, por ende, reflexionar sobre la necesidad del excesivo reformismo que desde la Ley 80 de 1993 se viene presentando con el afán de solventar los supuestos vacíos que dejó la norma y que aparentemente propician las prácticas corruptas.

### **3.1 Principio de Transparencia.**

Este principio, aunque no tiene definición legal expresa, de la lectura del conjunto de normas constitucionales y legales<sup>141</sup> que lo consagran, es posible decir que este radica en que toda actividad realizada en los procesos de contratación, debe ser pública e imparcial<sup>142</sup>, principalmente destinada a la satisfacción del interés general, garantizar la libre concurrencia e igualdad, y por lo tanto exenta de toda actividad oculta, parcializada, arbitraria y, en definitiva, desviada de los fines de la función pública.

Según el Profesor Suarez el principio de transparencia:

“Se desprende como desarrollo y complemento del art. 1 C.P. (prevalencia del interés general), del art. 13 C.P. (igualdad), del art. 209 (moralidad, imparcialidad, y de nuevo la prevalencia del interés general), en concordancia con los arts. 23, 24 Ley 80/93. Es

---

<sup>141</sup> Especialmente de los artículos 1, 13, 209 de la Constitución Política y los artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993.

<sup>142</sup> **Rodríguez, Libardo (1999)**. Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá. Editorial Temis. Pág. 328.

un desarrollo conjunto de “los principios de legalidad, igualdad, debido proceso, buena fe, imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad, imparcialidad y publicidad” para el área de contratación estatal.” (...) <sup>143</sup>

Por lo anterior, es posible decir que la inobservancia del principio de transparencia, por ser desarrollo los principios mencionados, implica el desconocimiento, directo o indirecto de ellos y por lo tanto se concluye que, este, es uno de los principios más trascendentales en la contratación, ya que no puede haber, por ejemplo, buena fe, sin transparencia o igualdad sin esta misma.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado se pronuncia de la siguiente forma:

“En el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se desarrolla el principio de transparencia; con él se pretende garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades y la escogencia objetiva del contratista aun en los casos de contratación directa. Para este propósito señala el artículo 24 - 5, que, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, deben definirse reglas objetivas, justas y claras y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Por lo tanto, prohíbe la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, exoneraciones de responsabilidad que pudiera derivar de los datos, informes o documentos que se suministren para acreditar ciertos hechos.” (...) <sup>144</sup>

La ley 80 de 1993 en su artículo 24 numeral 1, en su texto original, establecía en virtud del principio de transparencia, *“La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos”*, lo que quiere decir que, en esencia, la regla general debe ser esta. Sin embargo, la Ley 1150 de 2007 derogó este numeral y por su parte, estableció la misma regla en su artículo 2, no obstante, el conjunto de excepciones a la licitación pública establecidos en este artículo, conforman en la realidad, la regla general en la contratación pública en Colombia.

---

<sup>143</sup> **Suarez Tamayo, David.** Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la contratación estatal en Colombia. Pág. 47

<sup>144</sup> **Consejo de Estado.** Sala de consulta y servicio civil. Consulta de 1996 con expediente número 811. C.P.: Roberto Suárez Franco

Las modalidades de selección alternativas a la licitación pública (selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía), en nuestra apreciación, no contrastan con el principio de transparencia si son empleados de la debida forma y para el fin que fueron creados, sin embargo, la experiencia nos dice que en la práctica son utilizados para evadir la licitación, en razón favorecer intereses particulares, sobre todo bajo la modalidad de contratación directa.

La contratación directa no implica, como se piensa comúnmente, “contratación a dedo”, esta modalidad debe ser empleada con observancia (además del de transparencia) de los principios de planeación (estudios y documentos previos), publicidad (Acto administrativo de justificación, publicación en el SECOP), selección objetiva, libre concurrencia y demás principios aplicables a la contratación Estatal. Igualmente, es de aplicación restrictiva, por lo que solo se podrá emplear sustentado en las causales expresamente consagradas en la Ley. Se entiende que la ley 80 de 1993, la consagró en la medida de que hay procesos contractuales, que, en razón de su naturaleza o cuantía, y en virtud del principio de economía, no es necesaria la ritualidad propia de la Licitación pública (pero empleando los principios anteriormente mencionados).

Asimismo, resulta trascendental que la elaboración de los pliegos de condiciones o similares, sean desarrollados con cumplimiento cabal del principio de transparencia, para de esta manera evitar que se den direccionamientos en los procesos de selección, tendientes a favorecer a proponentes en particular. Estos deben ser elaborados con aplicación estricta del principio de selección objetiva y no pueden contener solicitudes que estén por fuera de la lógica sana del objeto a contratar.

Para concluir, el principio de transparencia resulta entonces una herramienta fundamental para la prevención de actos de corrupción dentro del ámbito de la contratación, pues mediante la obligatoria aplicación de sus lineamientos, difícilmente se podrán realizar procesos de selección con motivaciones diferentes a la satisfacción del interés general.

### 3.2 Principio de Economía.

Este principio exhorta a que todo proceso contractual de la administración, debe ser desarrollado de manera ágil, por lo que dentro de ellos no pueden ser empleados tramites, requisitos, autorizaciones innecesarias, que encarezcan, dilaten o retarden dicho procedimiento. En fin, lo que se busca con su aplicación es que el tramite contractual sea lo menos oneroso posible para el erario público.<sup>145</sup>

Aunque con la sanción de la Ley 80 de 1993 se logró avances en materia de procedimientos previos (autorizaciones y revisiones)<sup>146</sup>, la excesiva expedición de normas de normas tendientes a regular la contratación estatal (entre ellas las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011) y combatir la corrupción en este ámbito, han generado, entre otras cosas, el sacrificio de este principio, con el propósito de conseguir otros fines, que en ocasiones resultan incensarios o inadecuadamente desarrollados.

Con relación a lo anterior, el profesor Javier G. Rincón Salcedo expresa lo siguiente:

(...)” En efecto, tanto en los aspectos puramente normativos como en los prácticos, encontramos que los instrumentos establecidos para regular el ejercicio de la actividad contractual del Estado conforman una maraña de actividades que material y formalmente contribuyen, no solo a aumentar los niveles de corrupción, sino adicionalmente a la parálisis del sistema. De allí que podamos afirmar la existencia de una disfuncionalidad tanto normativa como operativa al interior de la contratación pública, que sin duda alguna redunde en una directa afectación al ciudadano como único destinatario de la actividad administrativa.

Lo anterior por cuanto no solo las normas que regulan la materia por la vía, entre otras, de la violación sistemática del principio de unidad legislativa y de la excesiva

---

<sup>145</sup> **Expósito Vélez, Juan Carlos (2004).** *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pág. 570

<sup>146</sup> Por ejemplo, los artículos 49, 50 y 59 del decreto 222 de 1983, establecían una serie de revisiones y autorizaciones en materia de contratación que al parecer retardaban, a veces innecesariamente, el proceso contractual.

reglamentación, han aumentado la complejidad en la comprensión de las normas y en particular la complejidad en la aplicación de las mismas, sino que, a su vez, la inmisión por parte de los organismos de control en decisiones de carácter gerencial y su inadecuada tendencia a “legislar” en materia de contratación, están llevando a que para los funcionarios sea simplemente imposible entender, en el día a día, cómo se le da correcta aplicación a las múltiples disposiciones referentes a la contratación. Lo que en definitiva deja en evidencia que el régimen de la contratación pública colombiana opera en contravía de los postulados más modernos del derecho administrativo, de acuerdo con los cuales la renovación de la administración pública debe estar encaminada a establecer procedimientos eficientes que puedan ser medidos con un criterio de resultado y en los que, se insiste, el único destinatario de la actuación administrativa sea el ciudadano, pues este se considera “el propietario” de dicha administración.”(...)

Como pudimos ver en el capítulo anterior, las medidas tomadas para combatir la corrupción, no siempre compadecen este principio, como es el caso de la constitución de la fiducia en el Anticipo, el cual además de establecer procedimientos adicionales, encarece la actividad contractual, sin cumplir el propósito que tiene la norma, el cual es garantizar el que los recursos del anticipo se destinen adecuadamente.

En el mismo sentido del análisis antepuesto, invitamos al lector, a retomar las reflexiones expuestas en el capítulo anterior, frente a la supervisión e interventoría y los factores de selección del contratista.

### **3.3. Principio de Planeación.**

Este principio, al igual que el de transparencia, no tiene definición legal expresa, pero de las normas que lo contemplan constitucional y legalmente<sup>147</sup>, se puede definir como una herramienta de la administración, destinada a velar que todo proceso en materia contractual, este precedido por estudios técnicos y económicos, que avalen su viabilidad, y destinados a establecer su conveniencia, necesidad,

---

<sup>147</sup> Entre estas están los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política y los artículos 25 y 26 de la Ley 80 de 1993.



oportunidad, y valor aproximado del objeto a contratar de acuerdo a las reglas del mercado.<sup>148</sup>

La inobservancia de este principio es, con la corrupción (aunque muchas veces concurren), uno de las principales causas de malversación de los recursos públicos en la contratación estatal, pues las consecuencias de no emplear una debida planeación en los procesos contractuales, generan que las finalidades de la contratación se cumplan de manera incompleta o peor aún, se incumplan.

El consejo de Estado frente a la inobservancia del principio de planeación plantea lo siguiente:

(...) “Luego, si el principio de planeación en los contratos estatales es una exigencia perentoria del ordenamiento jurídico, no puede entenderse, sino de manera irrazonable, que se sostenga que su violación no constituye un objeto ilícito y que no sea una causa de nulidad absoluta del negocio jurídico respectivo.

Y no se olvide que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1742 del Código Civil y en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta puede y debe ser decretada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, y siempre y cuando estén presentes en el proceso todas las partes que lo celebraron, posibilidad que constituye un poder-deber para el juzgador y por lo tanto, como deber, no puede eludirse ni excusarse cada vez que se reúnan los presupuestos para decretar oficiosamente la invalidez absoluta.

En efecto, si se tiene en cuenta que la nulidad absoluta protege fundamentalmente el interés general que envuelve el orden público y las buenas costumbres, se entiende y se justifica ese control de legalidad que el orden jurídico ha puesto en manos de los juzgadores.” (...) <sup>149</sup>

Según lo anterior, el incumplimiento de las reglas que gobiernan el principio de planeación, pueden dar lugar a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato por

---

<sup>148</sup> En el mismo sentido, **Expósito Vélez, Juan Carlos (2004)**. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pág. 588

<sup>149</sup> **Consejo de Estado, Sección Tercera**, Subsección c, sentencia de 20 de agosto de 2014, Expediente 24.809

objeto ilícito, dado que estas configuran una exigencia perentoria en el ordenamiento jurídico. Esta aseveración nos hace reflexionar sobre cuantos contratos de la administración pueden estar entonces incursos en esta causal de nulidad, por tanto, la inobservancia del principio de planeación es pan de cada día en la actividad contractual del Estado.

En dicho pronunciamiento el Consejo de Estado también se aproxima a el tema del equilibrio económico de la ecuación contractual, esto lo desarrollaremos de forma general más adelante, no obstante, es importante en este punto, abordar el tema de la adición de contratos, el cual es comúnmente utilizado por los contratistas y los servidores públicos para justificar un desequilibrio causado por propuestas artificialmente bajas (realizadas por el contratista con el afán de conseguir la adjudicación del contrato), fallas de planeación o ambas. Es imperativo tener en cuenta que estas conductas disciplinaria, fiscal y penalmente reprochables, desencadenan en la pérdida de recursos públicos, por lo tanto, se debe tener presente que esta figura es de aplicación restrictiva, pues su aplicación debe derivar de una total imprevisión, que se escape de cualquier análisis preliminar del objeto a contractual, y en los casos en los que, sin la utilización de este mecanismo, el contrato principal carecería de sentido.<sup>150</sup>

Para concluir, la planeación constituye entonces un principio pilar en la contratación estatal, ya que atreves de esta, se consolidan los objetivos y fines del proceso contractual, en su ámbito precontractual, contractual y post contractual, para propender por el éxito del proceso. Este principio evita, por ejemplo, en los contratos de obra pública, la ejecución de “elefantes blancos”,<sup>151</sup> a parte del tema a bordado

---

<sup>150</sup> **Expósito Vélez, Juan Carlos (2004)**. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pág. 592

<sup>151</sup> “Un “Elefante Blanco” es una obra pública de construcción, mantenimiento o instalación de un bien inmueble, la cual tiene un impacto negativo para la comunidad debido a que ha sido abandonada o está inconclusa, sus costos superan los beneficios de su funcionamiento, no es utilizada, o su uso es diferente para aquel que fue creada.” Concepto tomado de: <http://www.secretariatransparencia.gov.co/elefantes-blancos/Paginas/que-es-elefante-blanco.aspx>

de REFICAR el capítulo pasado, a continuación, presentaré dos ejemplos de obras que a nuestro concepto y del público en general, son obras en las que el principio de planeación no se empleó en la debida forma, a pesar de que cumplieron todos los requisitos formales en la etapa precontractual. Tomo estas dos obras públicas como referencia, pues están cerca al lugar donde resido y me afectan directamente en el diario vivir.

La primera es el intercambio vial “Gilberto Echeverri Mejía” (mejor conocido como el puente de la 4 sur en Medellín)<sup>152</sup>, según expertos el puente tiene zonas desproporcionadas en su capacidad mientras en otros lugares se queda corto para la demanda. "Más que futurista es falta de planeación: algo típico en nuestras ciudades. Ahí hay más política que técnica",<sup>153</sup> afirma el profesor de la Universidad de Nacional Víctor Valencia, magister en ingeniería de tránsito y transporte, en entrevista realizada por el Periódico EL TIEMPO.

Esta obra le aporta belleza y apariencia de desarrollo a la ciudad de Medellín, sin embargo, al parecer no cumplió con el objetivo principal, por el cual fue concebido, aliviar los problemas de movilidad en el Sector del Poblado y guayabal, pues a pesar de ser un Puente con suficientes carriles para circulación continua e ininterrumpida de vehículos, las vías donde desemboca, no cumplen con las exigencias que amerita dicha obra, lo que genera mayor congestión, sobre todo, en las horas pico.

El otro Ejemplo, es la Prolongación de la loma de los Parra en el sector del Poblado<sup>154</sup>, el cual se justifica, según los estudios previos por siguiente:

“El Municipio de Medellín, consiente de la problemática vial que se ha venido presentando en El Poblado y de acuerdo con el Plan Especial de Ordenamiento ha implementado paulatinamente soluciones reales con miras a minimizar las deficiencias de la malla vial. Particularizando, el problema se centra en que la sección de la calzada

---

<sup>152</sup> Proceso publicado en el SECOP con el Número LP-02 (70003935 de 2010).

<sup>153</sup> Artículo del periódico tiempo. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12438784>

<sup>154</sup> Proceso publicado en el SECOP con Número LP 002 – 2014.

de la Loma de Los Parra, calle 1 Sur, entre la Avenida el Poblado y la Cra. 43C no presenta continuidad, solo existe un tramo de vía desde la Avenida El Poblado hasta la quebrada Guadalajara, causado porque el sistema de vías de servicio al interior de El Poblado no es muy uniforme, si se compara con la malla ortogonal existente en otras partes de la ciudad o en el propio centro de esta zona, por la falta de continuidad y sinuosidad de algunos trayectos, secciones insuficientes y precariedad en general. Como consecuencia se tiene que los vehículos que transitan por la zona deben hacer maniobras de giro izquierdo y realizar extra recorridos por vías alternas. La operación de la calle 1 sur, Loma de Los Parra, cruzando la Avenida El Poblado, hace poco viable el giro izquierdo (Norte – Oriente), que hoy se presenta en esa intersección, representando un riesgo de accidentalidad.”<sup>155</sup>

En esta obra se han presentado inconvenientes de retraso, pues el Fondo de Valorización del municipio de Medellín (FONVALMED) y el contratista, iniciaron obras sin tener certeza de la adquisición de todos los predios necesarios para la ejecución del contrato. Como es el caso del predio ubicado en la avenida el poblado, donde se encuentra situado El Casino san Fernando, parte de este, es vital para el cumplimiento total del contrato, no obstante, se encuentran en una disputa jurídica, pues sus propietarios y FONALVED, no han llegado a una conciliación para ceder el terreno.

### **3.4 Principio de Responsabilidad.**

Este principio consagra que todos los intervinientes en la actividad contractual, deben actuar en el estricto marco de la legalidad, en cumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponde a cada cual, sin el ánimo y predisposición de inferir daños y con la diligencia y cuidado que es exigible en un ámbito que como la contratación pública se fundamenta en el interés general, so pena de incurrir en diferentes tipos de responsabilidad.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> Estudios previos del proceso con Número LP 002 – 2014. SECOP

<sup>156</sup> **Suarez Tamayo, David.** Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la contratación estatal en Colombia. Pág. 49

Este principio tiene relación íntima con los de transparencia y moralidad, y constituye una herramienta fundamental para combatir la corrupción, pues imposibilita que los servidores públicos y demás sujetos que intermedian en la actividad contractual, desvíen su función constitucional y legal, a fines diferentes a la satisfacción del interés general.

La ley 80 de 1993, consagró una mayor autonomía para los servidores públicos en la actividad contractual como lo expresé anteriormente, esto trajo consigo la imposición de responsabilidades mayores de estos y los demás intervinientes en la actividad contractual, así lo expresa el profesor Ernesto Matallana Camacho:

Como una nueva propuesta de la ley 80 respecto del anterior régimen, se impuso el criterio “a mayor libertad, mayor responsabilidad”. El legislador cambió la perspectiva de la responsabilidad de quienes intervienen directamente con la actividad contractual, es decir, de los servidores públicos y de los contratistas. El nuevo régimen suprimió todas las autorizaciones que contemplaba el decreto 222 y en su lugar impuso un fuerte sistema de responsabilidad personal.

Con la responsabilidad personal se busca una garantía en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los sujetos intervinientes en la actividad contractual. Esto implica mayor cuidado por parte de la entidad estatal en la selección de los contratistas, por la autonomía (y por ende la responsabilidad) que tiene a la hora de realizarla.

Es pues un sofisma, el argumento del Gobierno nacional, en el cual se aduce que con la reforma se establecieron nuevas responsabilidades especialmente para los particulares que intervienen en la contratación, ya que como lo vimos en el capítulo anterior, especialmente en las reformas introducidas en materia de supervisión e interventoría, dichas responsabilidades ya estaban presentes en el ordenamiento jurídico, en materia fiscal, disciplinaria, civil y penal antes de la expedición del Estatuto anticorrupción. Como ejemplos podemos ver la acción de repetición consagrada en el numeral 2 del artículo 26 de la ley 80, la responsabilidad de los representantes legales de las entidades, que delegan sus funciones (numeral 5 del artículo 26 de la ley 80), los dispuesto en el código disciplinario único frente a los

particulares que ejercen funciones públicas y manejan recursos públicos, propuestas artificialmente bajas etc.

### **3.5 Principio de selección objetiva.**

Este principio dicta que la escogencia del contratista, debe obedecer a aquellas propuestas que resulten más favorables para la entidad y sus fines, sin tener en cuenta criterios subjetivos, preferencias o motivaciones personales. Los factores de selección deben estar debidamente detallados en los pliegos de condiciones o equivalentes, los cuales habrán de contener solo condiciones y requisitos racionalmente relacionado con el objeto a contratar.

Parte de este tema lo abordamos en el capítulo anterior, no obstante, es relevante retomar el contenido del direccionamiento de los contratos en los procesos de selección. Cierta parte de la doctrina afirma que la ley 80 y 1150 y sus decretos reglamentarios, dejaron un notorio vacío en materia de elaboración de los pliegos de condiciones, lo que da cabida a practica corruptas como el direccionamiento de contratos de forma “legal”, pues le otorga gran autonomía a las entidades públicas de establecer las exigencias y condiciones que permitirán seleccionar al contratista. Esta afirmación no es del todo acertada, ya que hace un análisis incompleto del ordenamiento jurídico. El hecho de que las entidades estatales tengan la autonomía de fijar condiciones que se adecuen a sus necesidades, estas deben respetar los lineamientos preestablecidos por el principio de selección objetiva, transparencia, responsabilidad, moralidad, entre otros. Tanto así que esta conducta constituye un delito tipificado en el artículo 409 de la ley 599 del 2000, como interés indebido en la celebración de contratos, por lo que es tanto penal (eventualmente fiscal) y disciplinariamente reprochable.

Otro tema es que en la práctica quede en la impunidad, por la incapacidad de los entes de control de afrontar dichas conductas, y, por otro lado, el temor de los proponentes o participantes de denunciarlas, pues, en parte, no les conviene

ganarse enemigos en las entidades donde continuamente participan en procesos de selección, y que significa su principal fuente de ingresos.

### **3.6. Principio de la ecuación económica y financiera del contrato.**

Dispone que el equilibrio financiero del contrato debe mantenerse durante todas las etapas de proceso contractual para ambas partes. Se fundamenta en los principios de equidad, conmutatividad e interés general. por lo tanto, las partes del contrato no pueden verse afectadas negativamente en su patrimonio, por circunstancias imprevisibles, imputables a la contraparte o a factores externos, que signifiquen un detrimento de los ingresos o de la utilidad esperada a partir de la celebración del negocio jurídico.

El Consejo de Estado se pronunciado en este sentido:

(...) “De manera que para efectos de establecer si el desequilibrio tuvo lugar, es menester diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución y así mismo propios del negocio y por ende a cargo del contratista; en cuanto conocedor de la empresa que emprende y por ende de los factores internos y externos con entidad suficiente para aminorar la utilidad esperada e incluso generar pérdidas; de aquellos impredecibles, estos sí a cargo del dueño de la obra.

Y es que la ecuación financiera del contrato puede verse afectada a) por incumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato; b) porque en ejercicio de potestades constitucionales y legales se adoptan medidas que si bien no tocan la relación directamente la afectan negativamente y c) por factores externos, surgidos durante la ejecución, empero paralelos a esta, posteriores a la celebración y ajenos a las partes, aunque relacionados con la ecuación contractual. Circunstancias imprevisibles que, por lo mismo, no pueden entenderse propuestas, como tampoco convenidas.

Siendo así y cuando median el ejercicio de las potestades estatales, la Sala ha puntualizado que debe considerarse si la medida general, con incidencia en el contrato, fue proferida por la misma contratante y si esta actuó en ejercicio del ius variandi, para determinar, entonces, si la afectación excedió los riesgos normales del alea contractual. Así, cuando el hecho generador imputable a la entidad puede calificarse de

sobreviniente e implica cargas excepcionales y por lo mismo imprevisibles, no queda sino imponer el restablecimiento del equilibrio vulnerado.” (...) <sup>157</sup>

Traigo a colación lo anterior debido a que, en relación con la corrupción, en la actividad contractual se viene presentando una práctica que le representa muchos sobre costos al Estado, como lo es la adición injustificada e ilegal de contratos. Con esta se pretende principalmente; 1. ajustar el valor del contrato, por propuestas artificialmente bajas, 2. Encubrir fallas de planeación por parte de la entidad o 3. Simplemente aumentar de manera injustificada la utilidad del contratista, por motivaciones desviadas del ejercicio de la función pública. Con base en este principio, el de planeación, transparencia, moralidad, economía y responsabilidad, los entes de control, pueden hacer frente a esta práctica tan nociva para los recursos del Estado. Sin necesidad de que cada que salga a la luz pública escándalos relacionados con corrupción en la contratación estatal, reformen las instituciones vulneradas con esos actos.

Por último, es para reflexionar, la actitud del contratista que, evidenciando problemas de planeación <sup>158</sup> desde los estudios previos del objeto a contratar y en general, la fase precontractual, no haga las observaciones pertinentes en los momentos indicados, pues resulta reprochable, que teniendo conocimiento de que las obligaciones del contrato no se podrán cumplir, se beneficie de la adjudicación, para después argumentar un desequilibrio financiero imputable a la entidad. En este caso según lo expuesto por el Consejo de Estado, no habría lugar a restablecer el equilibrio económico del contrato, pues el contratista conocía y tenía presentes, antes de la adjudicación los riesgos atinentes a la suscripción del contrato.

---

<sup>157</sup> **Consejo de Estado, Sección Tercera**, Subsección c, sentencia de 20 de agosto de 2014, Expediente 24.809

<sup>158</sup> A veces las fallas de planeación son tan evidentes, que resulta irracional pensar que expertos en los temas a contratar, no hayan anticipado las consecuencias de dichas fallas.



## CONCLUSIONES

Por medio de la expedición de Ley 1474 de 2011, el Gobierno Nacional y el congreso de la Republica, pretendieron contrarrestar el fenómeno de la corrupción en Colombia<sup>159</sup>. En materia de Contratación Estatal se enfocaron especialmente en las siguientes instituciones y disposiciones referentes a: El régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la interventoría y la supervisión, la consultoría y asesoría, el procedimiento para imponer multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, el anticipo, mínima cuantía, Contratos interadministrativos, fase de planeación del contrato, régimen contractual de las Empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado, Selección objetiva, Estudios previos y expedición de adendas.

Como se pudo observar, durante el desarrollo del presente trabajo, se analizó cada reforma o modificación introducida por el Estatuto anticorrupción en materia de Contratación Estatal. En el ejercicio de dicho análisis se evidenció, entre otras cosas, que algunas normas no representan una verdadera novedad (no existen anomias), no cumplen a cabalidad con su objetivo principal o generan confusión para el operador jurídico. A partir de lo anterior, quiero hacer especial énfasis en lo siguiente:

- Respecto a las normas referentes a la supervisión e interventoría, se expuso que, aunque el Estatuto Anticorrupción es novedoso en la medida consagra las definiciones correspondientes y sus finalidades, la dificultad para diferenciarlos en la práctica, sigue vigente, pues no es claro cuando es necesario emplear una u otra (cuando se trate de supervisiones externas),

---

<sup>159</sup> Principalmente por los escándalos surgidos por el “carrusel de la contratación”, que en el año del 2010 se dieron a conocer a la opinión pública.

ya que el único factor diferenciador es el conocimiento especializado que requiera el objeto a contratar.

Además, respecto a las responsabilidades que se generan en el ejercicio de sus funciones, vimos que ya el ordenamiento jurídico pregonaba Responsabilidad Disciplinaria, fiscal, penal y civil para estos sujetos.

- El procedimiento para la imposición de multas y sanciones, representa una novedad, en el sentido de que subsana el vacío dejado por la ley 1150 de 2007 de consagrar un procedimiento expedito en este tema, sin embargo, es para reflexionar si este en verdad consagra un procedimiento ágil, que le permita a la entidad coaccionar al contratista para que cumpla con las obligaciones del contrato, sin vulnerar el debido proceso.
- La obligación de constituir fiducia para el manejo de los anticipos, no es una medida eficaz para prevenir la desviación de los recursos del anticipo, ya que, según lo estudiado, sigue estando en cabeza de los supervisores o interventores esta función, y representa en realidad un aumento a los costos de transacción del contrato que no se justifica en ninguna medida.
- Se genera confusión cuando concurren las causales de mínima cuantía y concurso de méritos, pues según Colombia Compra eficiente, se debe en virtud del principio de economía, emplear la mínima cuantía cuando están concurrentes, sin tener en cuenta que, para el concurso de méritos, el precio no debe ser el factor de escogencia.
- El precio como factor de selección preponderante solo será aplicable a los procesos de mínima cuantía y selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, sin embargo, se encuentra una tendencia facilista en las entidades públicas, de darle puntaje definitivo al factor económico de la propuesta, lo que puede traer problemas

de falta de puja, propuestas artificialmente bajas, adiciones injustificadas al contrato etc.

- La consagración de excepciones a las reglas generales de aplicación del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado etc. conllevan a confusión al operador jurídico, además de que propician la corrupción. Del mismo modo se observa el tema de los contratos interadministrativos como causal de consagración directa.
- Las nuevas inhabilidades e incompatibilidades, aunque en principio fomentan la transparencia en la contratación, es difícil su constatación, en la medida de que, por ejemplo, ¿cómo hacen los entes de control para evidenciar la inhabilidad del suegro (segundo de afinidad) de quien financió la campaña política de un alcalde y contrata para dicho municipio? Es ciertamente importante frente a este aspecto, la denuncia ciudadana en contra de este tipo de irregularidades, pues a la Procuraduría y a el control interno de las entidades les resulta muy difícil constatar este tipo de situaciones, debido a la cantidad de funcionarios y procesos contractuales que presentan.

Por otro lado, se logró evidenciar que los principios de la contratación estatal, se consolidan como una verdadera herramienta para combatir la corrupción en este ámbito, ya que consagran lineamientos concretos de cómo deben actuar los intervinientes en el proceso contractual, reduciendo a su mínima expresión, la facultad discrecional de los servidores públicos a la hora de interpretar las normas que regulan la actividad contractual. Asimismo, establecen en su conjunto, que los sujetos participantes en la actividad contractual deberán velar por los fines de la contratación (artículo 3 de la ley 80), por lo que cualquier conducta desviada de estos fines, podrá eventualmente predicar responsabilidad disciplinaria, fiscal, penal y civil.

De igual manera, los principios aplicables en materia de contratación, cumplen una función supletoria frente a los aparentes vacíos normativos que, según sector de la doctrina, dejó la ley 80 de 1993. En general, se invita a reflexionar sobre la excesiva expedición de normas que regulan la actividad contractual, que conllevan, como lo vimos anteriormente, a que se presenten antinomias en el ordenamiento jurídico, redundancia en las medidas tomadas, se le generen confusiones al operador jurídico y como peor consecuencia, actos de corrupción derivados de su “aparente” debida aplicación, con la intención de evadir procesos de selección, direccionar dichos procesos, desviar recursos públicos etc.

Aunque la Ley 1474 de 2011 no constituye la única herramienta para combatir la corrupción en la contratación estatal, a nuestro juicio, al ser este conjunto normativo la principal respuesta del Gobierno Nacional a los escándalos de corrupción en la última década, resulta coherente tomar el histórico de los últimos 5 años del índice de percepción de la corrupción<sup>160</sup> de Transparencia internacional en lo referente a Colombia para así observar si después de la expedición del Estatuto anticorrupción, las cosas han mejorado:

Año	2011	2012	2013	2014	2015
Puntuación	34	36	36	37	37
Posición	80	95	94	94	83

Según el sitio web de Transparencia Internacional para interpretar dichas cifras se debe tener en cuenta lo siguiente:

---

<sup>160</sup> “El IPC otorga una puntuación y clasifica a los países/territorios según las percepciones sobre el grado de corrupción que existe en su sector público. Se trata de un índice compuesto integrado por una combinación de encuestas y evaluaciones sobre corrupción efectuadas por diversas instituciones de prestigio. El IPC es el indicador de corrupción más usado en todo el mundo.” Tomado de [http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/preguntas\\_frecuentes\\_ipc-2015.pdf](http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/preguntas_frecuentes_ipc-2015.pdf)

“La puntuación de un país/territorio muestra la percepción sobre el nivel de corrupción del sector público en una escala de 0 a 100, donde 0 implica que un país se percibe como sumamente corrupto y 100 significa que se lo percibe como muy transparente. La posición de un país indica el puesto que ocupa respecto de otros países/territorios incluidos en el índice. La posición puede cambiar por algo tan simple como que se modifique la cantidad de países incluidos en el índice.”<sup>161</sup>

El estudio del año 2015 se hizo con base a 168 países, a diferencia del de 2014, que se hizo a partir de 175, por lo que la posición puede variar simplemente por el número de países incluidos, sin embargo, se pueden concluir dos cosas; que Colombia desde el año 2011 solo ha mejorado 3 puntos en la escala hasta el presente y su posición en la tabla de países evaluados siempre ha sido la parte media baja, ubicándolo en cifras aún preocupantes. A partir de lo anterior, se puede evidenciar, que, aunque ha habido un avance en los índices de percepción de la corrupción, estos son mínimos, lo que compromete en cierta medida la eficacia de la Ley 1474 de 2011.

Para finalizar, se concluye que el Estatuto anticorrupción, más que contener medidas preventivas provenientes de una política general en contra de la corrupción, es un conjunto de normas en su mayoría represivas y focalizadas, que resultan ineficaces si se tiene en cuenta los altos índices de impunidad en Colombia y la ineficiente tarea de los entes de control en este campo. Nada se gana con la expedición excesiva y constante de leyes y decretos tendientes a regular la contratación estatal, si no se cuenta con personal idóneo dentro de las entidades estatales, no hay un control efectivo por parte de la Fiscalía, Procuraduría, contraloría y la ciudadanía en general, existan contratistas que apoyen las prácticas corruptas con sus recursos etc.

---

<sup>161</sup> [http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/preguntas\\_frecuentes\\_ipc-2015.pdf](http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/preguntas_frecuentes_ipc-2015.pdf)

## BIBLIOGRAFÍA

**APONTE DÍAZ**, lirana (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra, en Revista Digital de Derecho Administrativo n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pp. 177-207.

**ARIÑO ORTIZ**, Gaspar (2009) La Financiación de los Partidos Políticos. 1ra ed. Madrid: Cinca.

**CEPEDA ULLOA**, Fernando (1994). La corrupción administrativa en Colombia. TM editores. Bogotá.

**EXPÓSITO VÉLEZ**, Juan Carlos (2004). La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

**GARCÍA VILLEGAS**, Mauricio (2015). “La eficacia simbólica del derecho”. 2da ed. Bogotá: Debate.

**GÓMEZ LEE**, Iván Darío (2012). El derecho de la contratación pública en Colombia. segunda edición. Legis, Bogotá.

**GÓMEZ LEE**, Iván Darío (2015). El derecho de la contratación pública en Colombia. segunda edición. Legis, Bogotá.

**GORBANEFF**, Yuri, **GONZALES**, Juan Manuel y **BARÓN**, Leonardo (2011). ¿para qué sirve la interventoría de obras públicas en Colombia? Revista de economía institucional vol. 13 no. 24. primer semestre 2011. Pág. 427

**MATALLANA CAMACHO**, Ernesto (2013). manual de Contratación de la Administración pública, Reforma de la ley 80 de 1993. Universidad Externado de Colombia.

**RICO PUERTA**, Luis Alonso (2013). Teoría general y práctica de la contratación Estatal. Leyer. Bogotá.

**RAMÍREZ RUSINQUE**, Iván Alirio (2014). “Menor valor: ¿oferta más favorable?”, en Revista Digital de Derecho Administrativo n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 211-253.

**RINCÓN SALCEDO**, Javier (2012). “Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia”. 125 Vniversitas, 319-337

**RODRÍGUEZ**, Libardo (1999). Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá. Editorial Temis.

**SUAREZ MONTAÑO**, Francisco (2008). Consecuencias de la promulgación de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 066 de 2008 para la selección de ingenieros consultores. Revista de Ingeniería, Universidad de los Andes. Bogotá.

**SUAREZ TAMAYO**, David (2014). cláusula de multas y penal pecuniarias. cláusula de multas y penal pecuniarias. Medellín: Librería jurídica Sánchez R.

**SUAREZ TAMAYO**, David. Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la contratación estatal en Colombia.

## **NORMATIVIDAD**

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 41.094

- Ley 190. (06 de junio de 1995). por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Diario Oficial. Bogotá D.C, No. 41878.
- Ley 489. (29 de diciembre de 1998). por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 43.464
- Ley 599. (24 de julio del 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 44.097
- Ley 610 (15 de agosto del 2000) por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 44133
- Ley 734. (13 de febrero de 2002). Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 44.708
- Ley 970. (13 de julio de 2005). Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 45970

- Ley 1121. (30 de diciembre de 2006). Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 46.497
- Ley 1150. (16 de julio de 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 46.691
- Ley 1437. (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 47.956
- Ley 1474. (12 de julio de 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 48.128
- Ley 1682. (27 de noviembre de 2013). Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 48.982
- Ley 1735. (9 de junio de 2015). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 49.538

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 410. (16 de junio de 1971) Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 33.339

- Decreto 222. (2 de febrero 6 de 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 36.189
- Decreto 2170. (30 de septiembre de 2002). Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 44.952
- Decreto 2774. (7 de julio de 2008). por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá. D.C, No. 47.043
- Decreto 1082. (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Diario oficial. Bogotá. D.C



## **JURISPRUDENCIA**

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias:

- C-546 de 1993
- C-178 de 1997
- C-200 de 2001
- C-618 de 2012
- C-434 de 2013
- C-338 de 2014
- C-499 de 2015

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Conceptos y Sentencias:

- Expediente 811 de 1996
- Expediente 24.715 de 2007
- Expediente. 36.054 de 2010
- Expediente 18.752 de 2013
- Expediente 24.809 de 2014
- Expediente 24.715 de 2015

## **RECURSOS EN LÍNEA**

<http://www.lgpsas.co/soluciones.pdf>

<http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>

[http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140809fiduciaanticipospublicacion.pdf\\_.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140809fiduciaanticipospublicacion.pdf_.pdf)

[http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce\\_manual\\_minima\\_cuantia\\_web\\_03\\_0.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_minima_cuantia_web_03_0.pdf)

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12438784>